



**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
DE CIÊNCIAS JURÍDICO-EMPRESARIAIS**

A INSOLVÊNCIA E AS EMPRESAS

ATAS

ORGANIZAÇÃO
ANA LAMBELHO
JORGE BARROS MENDES
MARISA DINIS

Edição:

Instituto Politécnico de Leiria
Escola Superior de Tecnologia e Gestão

www.cicje.ipleiria.pt

abril de 2015

Instituto Politécnico de Leiria
Escola Superior de Tecnologia e Gestão
Morro do Lena - Alto do Vieiro
2411-901 Leiria
Apartado 4163

ISSN: 2183-5330

NOTA DE PUBLICAÇÃO

O VI CICJE decorreu na Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria no dia 24 de outubro de 2014 e foi subordinado ao tema “A insolvência e as empresas”.

As Atas que agora se publicam resultam das preleções dos oradores que copuseram os vários painéis. A todos os que contribuíram com os seus escritos para esta publicação e aos participantes no Congresso deixamos o nosso agradecimento.

Leiria, fevereiro de 2015

Os organizadores,

Ana Lambelho
Jorge Barros Mendes
Marisa Dinis

PROGRAMA

9h 30m - Sessão de Abertura

Nuno Mangas

Presidente do IPLeiria

10h - Os limites da autonomia privada nos planos de recuperação

Paulo de Tarso Domingues, Faculdade de Direito da Universidade do Porto

10h 30m - A declaração de insolvência por atraso nas contas das sociedades comerciais

Paulo Vasconcelos, ISCAP/IPP

10h 50m - O processo de insolvência enquanto realidade fiscal

Paula Martins Cunha, Advogada

11h 10m - A responsabilidade tributária do administrador judicial

António Peixoto Araújo, Solicitador

Maria João Pimentel Felgueiras Machado, ESTGF/IPP

11h 30m - Ejecucion de la hipoteca sobre el buque en situaciones concursales: aspectos generales

Francisco Torres, Universidade de Vigo, Espanha

11h 50m - Debate

12h 10m - Pausa para almoço

14h - A responsabilidade das instituições financeiras

Luís Martins, Advogado

14h 30m - Os créditos laborais no processo especial de revitalização

Ana Ribeiro Costa, UCP-Escola de Direito do Porto, Advogada

14h 50m - Recuperação de empresas: efeitos sobre os negócios e ações em curso

Ana Cláudia Redecker, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

15h 10m - Pedido de declaração de insolvência por outro legitimado: exercício do direito de ação ou abuso de direito de ação?

Lurdes Dias Alves, Universidade Autónoma de Lisboa

15h 30m - As opções em aberto no CIRE: reestruturar, revitalizar, recuperar ou liquidar?

António Raposo Subtil, Advogado

16h - Debate

16h 20m - Coffee Break

16h 40m - A pessoa insolvencial no processo de insolvência – um contributo para o enquadramento dogmático do plano de insolvência

Pedro Barrambana Santos, Advogado estagiário

17h - A não homologação do plano de pagamentos na insolvência singular: um caso
Duarte Cadete, Advogado

17h 20m - A recuperação judicial na lei 11.101/2005: pode-se falar em (in)eficácia do instituto?

Lais Lucas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil, consultora empresarial

17h 50m - Análise sócio-jurídica da exoneração do passivo restante
Catarina Frade, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra

18h 20m - Debate

18h 40m - Sessão de Encerramento

Nuno Rodrigues, Subdiretor da ESTG

A declaração de insolvência por atraso nas contas das sociedades comerciais

Paulo Vasconcelos

ISCAP/IPP

RESUMO

Um dos factos índice do estado de insolvência é o atraso, superior a nove meses, na aprovação e depósito das contas, se a tanto a entidade em causa estiver legalmente obrigada (cf. art. 20.º, n.º 1, h, do CIRE).

Ora, o que nos propomos analisar na presente comunicação são, antes de mais, os pressupostos de que depende este indicador de insolvência, designadamente, as entidades abrangidas e as contas relevantes.

Centrando-nos em especial nas sociedades comerciais, pretendemos analisar o processo de elaboração das contas, os órgãos para tanto competentes e os prazos a observar.

Seguidamente, uma vez elaboradas as contas, devem as mesmas ser submetidas aos sócios para aprovação, depois de eventual controlo e parecer dos órgãos próprios.

O passo final é o depósito e a publicidade das contas.

Todavia, importa que na análise deste processo se tenham em conta as vicissitudes que podem condicionar os vários passos do processo, e os mecanismos instituídos para a sua (eventual) superação.

Por fim, cabe avaliar como se compatibilizam as regras societárias sobre a elaboração, aprovação e depósito das contas, com a previsão do facto-índice referido para efeitos de insolvência.

1. O facto índice do artigo 20.º, n.º 1, h), do CIRE

A declaração de insolvência pode ser requerida (por quem for legalmente responsável pelas dívidas, por credores ou pelo Ministério Público) verificando-se um ou mais factos enumerados nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 20.º do CIRE.

Interessa-nos nesta oportunidade focar a nossa atenção num desses factos índices. Aquele que consta da alínea h) e consiste no “atraso superior a nove meses na aprovação e depósito das contas”.

Este facto apenas é aplicável aos devedores que constituam uma das entidades referidas no n.º 2 do artigo 3º do mesmo código, ou seja, uma pessoa coletiva ou património autónomo por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma direta ou indireta.

Por outro lado, e como é compreensível, é condição para o preenchimento deste pressuposto da declaração de insolvência, que a entidade em causa esteja legalmente obrigada à aprovação e depósito das contas. Assim, o incumprimento destas obrigações legais constitui uma presunção de que existe uma situação de insolvência. Presunção essa que a pessoa coletiva poderá afastar demonstrando que não está impossibilitada de cumprir as suas obrigações, pelo que não se encontra em estado de insolvência.

2. O processo de elaboração das contas

A competência para a elaboração e apresentação das contas do exercício é da administração, isto é, dos gerentes e administradores, uma vez que a lei impõe que o órgão executivo preste regularmente contas aos sócios, relatando a gestão e apresentado as contas (artigo 65.º do CSC).

Nas sociedades anónimas, essa competência é expressamente atribuída aos administradores pelo artigo 406.º, d), do CSC, norma que é também aplicável aos administradores executivos, no âmbito da estrutura de governo de matriz germânica prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 278.º, *ex vi* artigo 431.º, n.º 3, todos do CSC. Deste modo, qualquer que seja a estrutura de organização que uma sociedade anónima adopte, compete à administração elaborar e aprovar o relatório de gestão e as contas do exercício.

É sabido que o conselho de administração pode criar uma comissão executiva para a gestão corrente da sociedade, na qual podem ser delegadas algumas competências, como prevê o artigo 407.º, n.º 3, do CSC. Todavia, matérias há que não podem ser objecto de delegação pelo conselho, nelas se incluindo as que respeitam à elaboração e aprovação do relatório de gestão e das contas do exercício¹.

Refira-se a este propósito que quanto ao modelo de governo das sociedades anónimas introduzido pela reforma do direito societário de 2006², usualmente denominado de modelo anglo-saxónico, se pode suscitar o problema da competência para a aprovação do relatório e das contas. Na verdade, neste modelo de organização, o conselho de administração compreende uma comissão de auditoria no seu seio. Ora, é possível que os membros do conselho que não integrem a dita comissão constituam uma comissão executiva, como a lei expressamente admite, ao prever a participação, em certos casos, dos membros da comissão de auditoria nas reuniões da «comissão executiva».

Na verdade, determina agora a lei³ que se existir uma comissão executiva, os membros da comissão de auditoria têm o dever de participar «nas reuniões da comissão executiva onde se apreciem as contas do exercício». Todavia, trata-se de uma matéria que não pode ser da competência da comissão executiva, pois não pode ser objecto de delegação, como vimos.

Acresce que, caso exista, a comissão executiva só poderá deliberar sobre as contas se nela estiverem presentes todos os administradores, ou seja, incluindo aqueles que não sejam administradores executivos, pois a todos cabe aprovar as contas, a fim de as submeter à apreciação dos sócios. Trata-se de uma matéria que é da competência do próprio conselho e por todos os administradores deve ser apreciada. De resto, o relatório e as contas devem ser assinados por todos os membros da administração, como impõe o artigo 65.º, n.º 3, do CSC.

¹ Cf. o disposto no art. 407.º, n.º 4, do CSC.

² Cf. art. 278.º, n.º 1, b), do CSC, na redação que lhe foi dada pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de março.

³ Cf. art. 423.º-G, n.º 1, c), do CSC.

Nas sociedades por quotas, compete aos gerentes a elaboração e apresentação aos sócios das contas (cf. artigos 252.º, n.º 1, 259.º e 263.º, n.º 1, todos do CSC), no exercício das suas funções de administração da sociedade e no cumprimento do seu dever de prestar contas aos sócios (artigo 65.º, n.º 1, do CSC).

Compete, pois, à administração da sociedade a preparação e elaboração do relatório e das contas do período. Estabelece-se, assim, uma repartição de competências entre os administradores, por um lado, e o colectivo dos sócios, por outro: dos primeiros é a responsabilidade pela prestação de contas; aos segundos cabe aprová-las, se for o caso.

Sendo a prestação de contas uma obrigação que recai sobre os gerentes e administradores é, por outro lado, um direito dos sócios. Direito este que, integrando-se no direito geral do sócios à informação, tem um objecto próprio bem identificado, pelo que se pode destacar daquele direito geral à informação⁴.

Esta prestação de contas exige que os gerentes e administradores elaborem e submetam à apreciação dos sócios todos os documentos a que já nos referimos: o relatório de gestão, o balanço, as demonstrações de resultados (por natureza e por funções), a demonstração dos fluxos de caixa, a demonstração das alterações do capital próprio e o anexo.

Se os últimos são documentos da responsabilidade dos administradores mas elaborados pela contabilidade, já o relatório de gestão é por excelência o documento no qual os administradores prestam aos sócios contas da atividade desenvolvida no exercício a que respeita⁵.

No caso das sociedades anónimas, o relatório de gestão deve ser acompanhado por dois anexos. Um, para comunicar o número de ações e de obrigações da sociedade (ou de sociedades com as quais esta esteja em relação de domínio ou de grupo) detidas, adquiridas e alienadas pelos membros dos órgãos de administração e fiscalização, nos termos do artigo 447.º, n.º 5, do CSC. Outro, para comunicar a lista dos acionistas que sejam titulares de, pelo menos, 10%, um terço ou metade do capital social, bem como dos acionistas que tenham deixado de ser titulares das referidas fracções do capital social, tudo nos termos do disposto no artigo 448.º, n.º 4, do mesmo CSC. Isto, é, em anexo ao relatório de gestão devem ser indicadas todas as participações qualificadas e suas alterações.

Importa ainda salientar que tratando-se de sociedade anónima emitente de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado em Portugal – sociedades cotadas – o relatório de gestão deve

⁴ Neste sentido, cf. Ana Maria Rodrigues / Rui Pereira Dias, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, p. 778 e os acórdãos do STJ, de 15 de março de 1994 e do TRE, de 7 de julho de 1993. Daí que se compreenda que qualquer sócio, caso as contas não lhes sejam prestadas, possa requerer ao tribunal que se proceda a inquérito (art. 67.º, n.º 1, do CSC), como se verá adiante.

⁵ Cf. Garrigues / Uria, *Comentario a la ley de sociedades anonimas*, II, p. 379.

também incluir um capítulo detalhado sobre a estrutura e prática de governo societário, como determina o n.º 1 do artigo 245º-A, do CVM^{6,7}.

As contas devem ser elaboradas pela administração de forma a que possam proporcionar informação útil para os seus destinatários, permitindo-lhes a tomada de decisões. Nos termos do § 17 da Estrutura Conceptual do SNC, a informação prestada deve ser a necessária e suficiente para permitir uma avaliação da sociedade em causa.⁸

Para tal devem ser observados os pressupostos do regime do acréscimo e da continuidade subjacentes à preparação das demonstrações financeiras. A informação apresentada deverá possuir as características qualitativas da compreensibilidade, relevância⁹, fiabilidade¹⁰ e comparabilidade¹¹. Por sua vez, a relevância e a fiabilidade impõem que a informação constante das demonstrações financeiras atenda aos requisitos da materialidade, da representação fidedigna, do primado da substância sobre a forma, da neutralidade e da plenitude¹².

Deste modo, a atuação da administração da sociedade deve ser orientada pelos princípios contabilísticos previstos legalmente, tanto para a elaboração do balanço, como para a valoração dos bens do ativo e do passivo. Importa que os resultados revelados pelas contas sejam reais, a fim de evitar a distribuição de lucros fictícios¹³ e a indução dos destinatários da informação em erro.

Uma vez elaborados estes documentos de prestação de contas, deve a gerência ou a administração deliberar submetê-los à apreciação dos sócios. Apesar de tal não constar de forma explícita do artigo 65.º do CSC, parece-nos evidente que deve haver uma deliberação da gerência ou

⁶ O conteúdo mínimo do relatório anual sobre o governo da sociedade está pormenorizadamente descrito ao longo das 16 alíneas do n.º 1 do referido art. 245.º-A do CVM.

⁷ Acresce que, por imposição de normas comunitárias - cf. a Diretiva 2003/6/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro e a Diretiva 2004/72/CE, da Comissão, de 29 de abril - os dirigentes das mesmas sociedades estão obrigados a comunicar ao organismo de supervisão do mercado (CMVM) as transmissões de ações e instrumentos financeiros com estas relacionados, no prazo de cinco dias.

⁸ Nos termos desta Estrutura Conceptual, a informação deve ser a necessária e suficiente para avaliar o desempenho da sociedade e a sua rendibilidade, bem como para avaliar a variabilidade do seu desempenho no futuro.

⁹ No âmbito do POC, a relevância era entendida como «a qualidade que a informação tem de influenciar as decisões dos seus utentes, ao ajudá-los a avaliar os acontecimentos passados, presentes e futuros ou a confirmar ou corrigir as suas avaliações».

¹⁰ A fiabilidade impõe que a informação prestada seja verídica. Nos termos do IAS 1, a informação prestada deve: a) representar fidedignamente os resultados e a posição financeira da empresa; b) refletir a substância económica de escritos e transações e não meramente a forma legal; c) deve ser neutra, isto é, isenta de preconceitos; d) deve ser prudente e completa em todos os aspectos materiais – cf. Menezes Cordeiro, *Introdução ao Direito da Prestação de Contas*, p. 87 e ss.

¹¹ A comparabilidade é essencial quer para avaliar o desempenho societário ao longo do tempo, o que exige que os exercícios sejam comparáveis, quer para possibilitar a comparação das diferentes sociedades entre si – cf. Menezes Cordeiro, *Introdução ao Direito da Prestação de Contas*, p. 89 e ss.

¹² Cf. Ana Maria Rodrigues / Rui Pereira Dias, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, p. 770.

¹³ Cf. Sanchez Calero, *La determinación y la distribución del beneficio neto en la sociedad anonima*, p. 50.

da administração que aprove (expressa ou tacitamente) tais documentos e os submeta aos sócios¹⁴. De todo o modo, cremos que esta deliberação não é impugnável autonomamente, pois trata-se apenas de uma deliberação interna, preparatória da deliberação dos sócios (esta sim, impugnável, como veremos à frente)¹⁵.

Estes documentos devem ser assinados por todos os gerentes e administradores que estiverem em funções ao tempo da sua apresentação, ainda que não tivessem tido responsabilidades no exercício em questão. Ou seja, a obrigação de prestar contas recai em primeira mão sobre aqueles que no momento de as prestar ocupam esses lugares de administração. Por outro lado, os membros anteriores que exerceram os mandatos referentes aos período em causa, devem prestar todas as informações que para esse efeito lhes forem solicitadas e relativas aos períodos em que exerceram esses cargos¹⁶.

Se qualquer um dos membros da administração obrigado a elaborar e assinar os documentos de prestação de contas se recusar a fazê-lo, tal recusa deve ser justificada no documento respectivo e explicada pelo próprio, pessoalmente, perante o órgão competente para o aprovar, ainda que já tenham cessado as suas funções, como determina o n.º 3 do artigo 65.º do CSC. Na verdade, a recusa de assinatura constitui uma inequívoca manifestação de discordância relativamente ao conteúdos dos documentos em causa.¹⁷

¹⁴ Para as sociedades anónimas, o art. 406º na sua alínea d) refere expressamente que compete ao conselho de administração deliberar sobre “Relatórios e contas anuais”. Em sentido contrário, sustentando que a aprovação do relatório e contas são resultantes das vontades individuais dos gerentes e administradores e não do órgão colectivo que estes integram, cf. José Carlos Soares Machado, *A recusa de assinatura do relatório anual*, p. 937 e ss. É certo que não deixa de ser significativo que no art. 65.º do CSC se atribua aos “membros da administração” o dever de elaborar e submeter aos órgãos competentes o relatório de gestão e as contas – e não à administração ou gerência em si mesma. Daí que alguns Autores defendam que se trata de um dever que é pessoalmente imputado aos gerentes e administradores. Nestes termos, a assinatura de tais documentos – como a lei impõe (cf. art. 65.º, n.º 3, do CSC) – exprime a vontade individual de cada administrador e não a manifestação de vontade de um órgão colegial. Neste sentido, cf. José Carlos Soares Machado, *A recusa de assinatura do relatório anual*, p. 937 e ss e Miguel Pupo Correia, *Direito Comercial*, p. 268. Em sentido contrário, entendendo haver necessidade de uma decisão de aprovação do relatório e das contas pelo órgão colegial (gerência ou administração), cf. Ricardo do Nascimento Ferreira, *As deliberações dos sócios relativas à prestação de contas*, p. 219 e 220. De todo o modo, este autor não admite a impugnabilidade autónoma de tal decisão, uma vez que versa apenas sobre “meros projetos ou propostas com eficácia meramente interna” e, portanto, insusceptíveis de interferirem com direitos dos sócios ou de terceiros. Certo é que, independentemente de haver ou não uma deliberação (expressa) do órgão de gestão, cada gerente e administrador deve assinar as contas, devendo a recusa de assinatura ser justificada no documento em causa e explicada perante o órgão competente para a sua aprovação (cf. art. 65.º, n.º 3, do CSC). Registe-se ainda que a não apresentação do relatório de gestão e das contas do exercício faz incorrer o gerente ou administrador que não os submeta aos sócios em responsabilidade contra-ordenacional (art. 528.º, n.º 1, do CSC), como veremos a seguir.

¹⁵ Neste sentido, cf. Ricardo do Nascimento Ferreira, “As deliberações dos sócios relativas à prestação de contas”, p. 219 e 220.

¹⁶ Cf. art. 65.º, n.º 4, do CSC.

¹⁷ Atento o regime previsto no art. 65º do CSC não faz sentido que o gerente ou administrador discordante, tendo votado contra tais documentos, de seguida os assine e remeta aos sócios. A recusa de assinatura é o meio previsto pelo legislador para a manifestação da discordância (e a assinatura a manifestação da sua concordância). Neste sentido, José Carlos Soares Machado, *A recusa de assinatura do relatório anual nas sociedades anónimas*, p. 641. Aparentemente em sentido contrário, Ricardo do Nascimento Ferreira, *As deliberações dos sócios relativas à prestação de contas*, p. 200.

Por último, não pode deixar de se referir que o artigo 528.º, n.º 1, do CSC, estabelece uma sanção contraordenacional para o «*gerente ou administrador de sociedade que não submeter, ou por facto próprio impedir outrem de submeter, aos órgãos competentes da sociedade até ao fim do prazo previsto no n.º 1 do artigo 376.º, o relatório de gestão, as contas do exercício e demais documentos de prestação de contas previstos na lei, e cuja apresentação lhe esteja cometida por lei ou pelo contrato social, ou por outro título, bem como viole o disposto no artigo 65.º-A*», cuja sanção corresponde a uma coima de € 50,00 a € 1 500,00.

3. A aprovação das contas

Uma vez elaborados, o relatório de gestão, as contas do exercício e os demais documentos de prestação de contas são submetidos aos órgãos competentes das sociedades comerciais (artigo 65.º, n.º 1, do CSC).

No caso das sociedades por quotas o órgão competente é a assembleia dos sócios, como consta do artigo 246.º, n.º 1, e), do CSC¹⁸. No mesmo sentido dispõe o artigo 263.º, n.º 1, do CSC. A lei dispensa, porém, a aprovação das contas quando todos os sócios sejam gerentes e todos eles assinem sem reservas os documentos de prestação de contas¹⁹. No entanto, tal só é aplicável às sociedades por

¹⁸ Em bom rigor, a competência para aprovação das contas é dos sócios (e não da assembleia). É que, nas sociedades por quotas, além das deliberações unânimes por escrito (cf. art. 54.º, n.º 1, do CSC) os sócios podem, em geral, tomar deliberações por voto escrito, sem se reunirem em assembleia (cf. art. 247.º, n.º 1, do CSC). É certo que o art. 263.º, relativo à aprovação do relatório e contas do exercício, refere que estes documentos devem estar patentes aos sócios desde o dia da convocação da assembleia geral que se destine a apreciá-los. Não cremos, contudo, que daí se possa retirar a impossibilidade de deliberação sem reunião (isto é, por voto escrito ou deliberações unânimes por escrito) quando estejam em causa as contas e o relatório de gestão, como sustenta Pinto Furtado, *Deliberações de Sociedades Comerciais*, p. 470. No mesmo sentido, afirmando que os interesses em jogo “parecem desaconselhar” que os sócios renunciem a estar presentes, cf. Ricardo Nascimento Ferreira, *As deliberações dos sócios relativas à prestação de contas*, p. 209. Em sentido contrário, sustentando que esta deliberação pode ser aprovada por “deliberação unânime escrita, tomada ao abrigo do art. 54.º, n.º 1, do CSC”, ver Raúl Ventura, *Sociedades por Quotas*, III, p. 213. Refira-se que nos Acórdãos do TRP, de 10 de outubro de 2002 e do STJ, de 8 de maio de 2003 (disponíveis em www.dgsi.pt) se decidiu ser nula a deliberação de aprovação das contas tomada em assembleia geral universal, sem prévia convocação, posição com a qual não concordamos. Nestes arestos procede-se a uma interpretação restritiva do art. 54.º, n.º 1, de forma a que apenas seria possível a deliberação em assembleia universal em situações de emergência de reunião, sem possibilidade de convocação em tempo útil. Ora, na assembleia universal é possível dispensar a convocatória precisamente pelo facto de a mesma ser, no caso, inútil, já que estão presentes ou representados todos os sócios. Cremos que no caso dos autos referidos (que versam sobre os mesmos factos) o julgador se deixou impressionar pelo facto de se tratar de sociedade unipessoal (situação que em nada altera o regime legal em apreciação).

¹⁹ É o que consta expressamente do n.º 2 do art. 263.º do CSC. O legislador terá sido aqui levado por um pragmatismo excessivo. É evidente que se todos os gerentes são simultaneamente sócios, e se todos assinam as contas (o que significa a sua aprovação) tornar-se-á desnecessária uma segunda aprovação. Todavia, mais prudente seria que, neste caso, se fizesse intervir qualquer entidade exterior aos gerentes, que pudesse validar as contas, como, por exemplo um revisor oficial de contas. Registe-se que em alguns ordenamentos jurídicos se considera que os sócios que são simultaneamente gerentes (ou administradores) estão impedidos de votar as suas próprias contas, por se tratar de matéria que lhe diz diretamente respeito. É caso do Brasil, ao abrigo do disposto no art. 1.074., § 2º - cf. Gustavo Tepedino / Heloisa Helena Barbosa / Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado – Conforme a Constituição da República* - Vol. III, p. 211 e 225. Semelhante à solução

quotas que não possuam conselho fiscal, nem estejam sujeitas à revisão legal – cf. artigo 263.º, n.º 2, do CSC.

Nos n.ºs 3 e 4 do artigo 263.º do CSC prevê-se uma solução original para superar o empate na votação das contas ou da proposta de aplicação de resultados nas assembleias gerais das sociedades por quotas. Ciente de que, muitas sociedades deste tipo têm apenas dois sócios, cada um titular de metade do capital social – e portando, em princípio, dos votos em assembleia – o legislador permite que qualquer sócio possa requerer a convocação judicial de nova assembleia, cabendo ao juiz a designação de uma pessoa estranha à sociedade, de preferência revisor oficial de contas, para presidir à assembleia, com direito a voto de qualidade (isto é, com poder para desempatar). Nos termos da lei, este presidente da assembleia tem o direito de pedir à gerência ou ao órgão de fiscalização (quando exista) que lhe sejam facultados os documentos que considere necessários e lhe sejam prestadas as informações de que careça²⁰.

Nas sociedades anónimas, compete à assembleia geral apreciar e deliberar sobre o relatório de gestão e as contas do exercício, como está previsto no artigo 376.º, n.º 1, a), do CSC. Não foi sempre assim, pois até à entrada em vigor do DL n.º 76-A/2006, de 29 de março, nas sociedades anónimas com estrutura de organização dualista ou germânica, competia ao conselho geral aprovar o relatório e as contas, cuja elaboração era da competência da direção²¹.

Sucede porém que, não obstante fosse uma competência do conselho geral, poderia ser necessário levar as contas à apreciação dos sócios em assembleia geral. De facto, caso o conselho geral não aprovasse as contas ou as aprovasse com reservas, em dissonância com a certificação do ROC, tal divergência teria que ser submetida à assembleia geral²². A deliberação de não aprovação das contas, ou aprovação com reservas, era porém definitiva quando estivesse em consonância com o relatório do ROC²³.

É também este o modelo de aprovação das contas do exercício adoptado pela lei alemã de sociedades anónimas. Na verdade, à direção (*Vorstand*) compete organizar o balanço, que após ter sido apreciado pelos auditores deve ser submetido à aprovação do conselho geral (*Aufsichtsrat*), de

portuguesa é a prevista no *Code de Commerce* francês, que nos Art. 223-31 e 227-9 (ambos com a redação dada pela Lei n.º 2008-776, de 4 de agosto de 2008, Lei de Modernização da Economia), para as sociedades de responsabilidade limitada e sociedades por ações simplificada, respectivamente, prevê a dispensa de aprovação das contas quando o sócio único é também o gerente, nos seguintes termos: «*Lorsque l'associé unique est seul gérant de la société, le dépôt au registre du commerce et des sociétés, dans le même délai, de l'inventaire et des comptes annuels, dûment signés, vaut approbation des comptes sans que l'associé unique ait à porter au registre prévu à l'alinéa suivant le récépissé délivré par le greffe du tribunal de commerce.*» – cf. Amel Amer-Yahia, *Le Régime Juridique des Dividendes*, p. 79 e 80.

²⁰ Esta solução estava já prevista no DL n.º 154/72, de 10 de maio, pretendendo forçar por meio judicial a resolução de conflitos entre sócios que não oferecem vias de solução – cf. Raúl Ventura, *Sociedade por Quotas*, III, p. 214 e ss.

²¹ Cf. art. – art. 411.º, f), do CSC, revogado em 2006.

²² Nos termos previstos no art. 454.º, n.º 4, do CSC, revogado em 2006.

²³ Cf. art. 454.º, n.º 3, do CSC, revogado em 2006.

acordo com o disposto no § 170, n.º 1, da *AktG*. Cabe, assim, ao conselho geral e não ao colectivo dos sócios a aprovação do balanço de contas do exercício. Só assim não será, competindo então aos sócios a sua aprovação, em duas hipóteses: quando a direção e o conselho geral decidam transferir essa competência para os sócios, ou quando o conselho geral não aprove as contas. É o que decorre do disposto no § 173, n.º 1, da *AktG*²⁴.

Também em Itália, no modelo dualista de administração e fiscalização das sociedades anónimas, compete ao conselho de supervisão (*consiglio di sorveglianza*) a aprovação do balanço do exercício, nos termos do artigo Art. 2409-terdecies do Código Civil, sendo certo que este órgão pode incluir membros não sócios, como determina o artigo Art. 2409-duodecies do mesmo Código Civil italiano²⁵. Já no caso do modelo monista, compete à assembleia geral a aprovação do balanço do exercício, nos termos do artigo 2364 do mesmo código.

Cabe ainda referir que no articulado do Código das Sociedades Comerciais proposto por ALBERTO PIMENTA, se preconizava um sistema semelhante para a prestação de contas anuais: a aprovação das contas seria submetida à apreciação do conselho fiscal e, caso este se pronunciasse favoravelmente, ficariam logo aprovadas. Só no caso de as mesmas não serem aprovadas é que seriam submetidas à aprovação pela assembleia geral dos sócios²⁶.

Subjacente a esta solução, de atribuição de competência para aprovação do relatório e contas a uma assembleia de acionistas restrita, estava a opção por um modelo que privilegiava o acompanhamento da gestão por um grupo de acionistas de referência, com mais elevada preparação técnica, atentos os possíveis inconvenientes de deixar as contas ao critério de uma assembleia em que podem estar centenas de sócios, a maioria dos quais sem informação suficiente para poderem votar fundamentadamente.

Atualmente, após a reforma do direito societário português de 2006, no novo modelo de organização germânico assiste-se a uma certa descaracterização desta estrutura de governo. De facto, admite-se desde então que o conselho geral e de supervisão (que corresponde *grossa modo* ao anterior conselho geral) seja composto por um número ilimitado de membros, mas sempre superior ao número de administradores, os quais não têm que ser acionistas. Perde-se, por isso, o carácter de assembleia restrita de sócios. Por outro lado, e como consequência disso mesmo, o novo conselho perde para a assembleia geral a competência para aprovar o relatório e as contas elaboradas pela administração. De

²⁴ Cf. Friedrich Kübler, *Derecho de Sociedades*, p. 353.

²⁵ Cf. Francesco Galgano, *Diritto Commerciale – Le Società*, p. 347.

²⁶ Cf. art. 31.º do projeto, in Alberto Pimenta, *A prestação de contas do exercício nas sociedades comerciais*, p. 408.

acordo com a nova lei, compete-lhe somente dar parecer sobre o relatório de gestão e as contas do exercício e não a sua aprovação²⁷.

Podemos então concluir que, nos termos da versão atual do CSC, a competência para a aprovação do relatório e contas é sempre do colectivo dos sócios²⁸.

Do regime legal adoptado pelo CSC resulta com clareza que os sócios são livres de aprovar ou não as contas, tendo em atenção a legalidade da elaboração das mesmas ou outros critérios que entendam poder fundamentar a sua não aprovação. Nomeadamente, pode a assembleia não concordar com os critérios que presidiram à elaboração das contas, ainda que não as considere ilegais.

Parece também pacífico que cabe apenas à assembleia geral aprovar ou reprová-las²⁹. De facto, não é competência da assembleia geral a elaboração das contas, mas tão-só a sua aprovação. O que não significa que a mesma não possa dar orientações aos administradores quanto aos critérios e à forma de elaboração das contas. Não pode é alterar as contas que lhe são submetidas para aprovação³⁰.

O CSC é inequívoco quanto a esta questão, ao proclamar no artigo 68.º que caso a assembleia não aprove as contas deve deliberar que a administração proceda à elaboração de novas contas, refazendo-as na totalidade ou quanto aos pontos que mereceram censura. Por seu lado, a administração pode recusar-se a efetuar tais alterações, tendo nesse caso que requerer que se proceda a inquérito judicial³¹.

Em Espanha verifica-se um regime semelhante, competindo também à assembleia geral de sócios (*junta general*) a aprovação das contas anuais das sociedades de capital, como determina o artigo 272., n.º 1, do texto refundido da LSC.

²⁷ Em contrapartida, passou a ter competência para propor à assembleia geral a nomeação do ROC da sociedade (art. 441.º, m), do CSC), que será fiscalizado, quer quanto à sua atividade, quer no que respeita à sua independência pelo mesmo conselho geral e de supervisão.

²⁸ Entretanto, a lei prevê a aplicação imperativa dos novos modelos a todas as sociedades constituídas até 29 de junho de 2006 que no prazo de um ano não tenham procedido à adaptação dos seus estatutos. Pelo que, até lá mantiveram-se as competências previstas na lei então revogada.

²⁹ Neste sentido, cf. Cassiano dos Santos, *A posição do accionista face aos lucros de balanço*, p. 109 e 110; Sanchez Calero, *La determinación y la distribución del beneficio neto en la sociedad anonima*, p. 97.

³⁰ Em sentido contrário, com o argumento de que quer o relatório, quer as contas, são meras propostas, cf. José Carlos Soares Machado, *Sobre a justificação da recusa de assinatura do relatório e contas da sociedade*, p. 362 e 363. Entende, não obstante, este autor que as alterações ou modificações não podem ser de tal dimensão que os administradores deixem de concordar com tais documentos. Ao admitir essa limitação, está, no fundo, a aceitar que só com a anuência da administração tais documentos podem ser alterados. Ora, tal conduz exatamente à solução que a lei determina: não sendo aprovada a proposta dos membros da administração, devem os sócios deliberar motivadamente que se proceda à elaboração total de novas contas ou à reforma das apresentadas. Também Vasco Lobo Xavier se pronunciou no sentido da possibilidade de a assembleia geral poder modificar o balanço que lhe é apresentado pela administração. Todavia, fê-lo no âmbito de disposições do Código Comercial (nomeadamente, o art. 179.º, § único, n.º 1.º) entretanto revogadas pela entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais – cf. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, p. 493, nota 161.

³¹ Cremos que o mesmo se aplica aos órgãos de fiscalização, a quem compete emitir um parecer sobre as contas e demais documentos de prestação de contas, mas não alterá-los. Todavia, em sentido contrário, ver Ricardo do Nascimento Ferreira, *As deliberações dos sócios relativas à prestação de contas*, p. 209.

O mesmo sucede em França, competindo à assembleia geral de acionistas deliberar e estatuir sobre todas as questões relacionadas com as contas anuais das sociedades anónimas, nos termos do artigo L225-100, do Código Comercial. Para as sociedades de responsabilidade limitada, o artigo L223-26 estabelece o prazo de seis meses a contar do termo do exercício para os gerentes submeterem à aprovação dos sócios o relatório de gestão, o inventário e as contas anuais.³²

Em Itália o artigo 2364 do Código Civil estabelece do mesmo modo que compete à assembleia geral a aprovação do balanço, no modelo monista, enquanto no modelo dualista tal competência é conferida ao conselho de supervisão, como acima se disse já.

A deliberação de aprovação das contas³³ é autónoma e destinta relativamente à deliberação de aplicação de resultados, embora a primeira seja uma condição e um pressuposto da segunda. A diferente natureza das deliberações advém do facto de a aprovação das contas do exercício não ter efeitos constitutivos³⁴, pois é insusceptível de constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas, ao contrário do que sucede com a deliberação de aplicação de resultados.

Assim, a deliberação de aprovação das contas é antes uma declaração de ciência, sem conteúdo dispositivo³⁵, cuja função é, neste contexto, a de revelar se existem lucros e qual o seu montante³⁶.

4. O depósito das contas

De acordo com o CRC, determinados atos referentes às sociedades comerciais estão sujeitos a registo e publicação, como determina o artigo 166.º do CSC³⁷. Apesar do sigilo comercial que é considerado com frequência a «alma do negócio», certo é que, cada vez mais, é essencial para o bom funcionamento da economia uma adequada transparência sobre alguns aspectos da vida societária relevantes quer para os sócios, quer para os credores e o mercado em geral. A prestação de contas não é exceção, estando pois sujeita a registo, que neste caso consiste na entrega de elementos da escrita da sociedade, na Conservatória do Registo Comercial para efeitos de depósito e publicação³⁸.

³² No caso das sociedades de responsabilidade limitada unipessoais, sendo o sócio único também o gerente único, nos termos do art. L223-31 do Código Comercial, o depósito das contas no registo comercial vale como aprovação das mesmas.

³³ É pacífico que da ata da reunião da assembleia geral de aprovação não tem que constar o teor, conteúdo e expressão das contas. É suficiente de que dela constem os votos emitidos e o sentido da deliberação – cf. Acórdão do TRC, de 30 de novembro de 1982 (Manuel de Oliveira Matos).

³⁴ Cf. Cassiano Santos, *A posição do acionista face aos lucros de balanço*, p. 109 e ss. Como refere este autor, a deliberação de aprovação do balanço é uma declaração de ciência peculiar. Neste seu entendimento, os lucros não surgem com o balanço, mas a este cabe revelá-los, separando-os do restante património social. Os lucros já existiam antes, mas o balanço procede à sua liquidação.

³⁵ Cf. António Caeiro / Nogueira Serens, *Direito aos lucros e direito ao dividendo anual*, p. 371, nota 1.

³⁶ Cf. Osório de Castro, *Sobre o art. 89.º, n.º 2, do projecto de Código das Sociedades*, p. 229.

³⁷ Nos termos do art. 10.º, d), do CRC, está também sujeita a registo a prestação de contas das sociedades com sede no estrangeiro e representação permanente em Portugal.

³⁸ Sobre a publicidade das contas ver também os art. 30.º e ss da Diretiva 2013/34/UE.

Importa referir que esta obrigação recai sobre todas as sociedades comerciais excepto as sociedades em nome colectivo e as sociedades em comandita simples. Estas só a ela estarão sujeitas se, ultrapassando dois dos limites do art. 262.º, n.º 2 do CSC, reunirem as condições previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 70.º-A, do CSC: quando todos os sócios de responsabilidade ilimitada forem sociedades de responsabilidade limitada ou sócios organizados dessa forma.

Uma vez aprovadas as contas do exercício é obrigatório depositá-las na conservatória, como determinam o n.º 1, do artigo 70.º do CSC e os artigos 3.º, n.º 1, n) e 15.º, n.º 1, do CRC, o que é efetuado por transmissão electrónica de dados. Têm que ser enviados a ata de aprovação das contas e da aplicação do resultado, o balanço, a demonstração de resultados, o anexo ao balanço e à demonstração de resultados, a certificação legal de contas e o parecer do órgão de fiscalização³⁹.

O registo das contas deve ser requerido até ao décimo quinto dia do sétimo mês posterior à data do termo do exercício económico⁴⁰ e consiste no mero arquivamento dos documentos⁴¹, não envolvendo um juízo de conformidade dos mesmos com a lei. De facto, o conservador tem apenas o dever de receber para depósito tais documentos, não lhe cabendo uma apreciação da legalidade do teor dos mesmos. Apenas lhe compete aferir da legalidade formal dos documentos que lhe são entregues⁴².

Desde a entrada em vigor do DL n.º 8/2007, de 17 de janeiro⁴³, as sociedades comerciais cumprem a obrigação de registo da prestação de contas através da “Informação Empresarial Simplificada” (IES), conjuntamente com a declaração anual de informação contabilística e fiscal prevista no código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) e as informações estatísticas a prestar ao Instituto Nacional de Estatística e ao Banco de Portugal.

Fazem-no através de uma declaração única, transmitida por via electrónica⁴⁴, pelas entidades competentes para a entrega das declarações de informação contabilística e fiscal, nos seis meses posteriores ao termo do exercício económico⁴⁵.

Nos termos do artigo 72.º, n.º 4, do CRC, a publicação deste informação através da IES não inclui a certificação de contas, mas deve ser divulgado se o parecer da revisão traduz uma opinião sem reservas ou com reservas, se é emitida uma opinião adversa ou se o revisor não está em condições de exprimir uma opinião. Deve ainda ser indicado se o documento de certificação de contas faz alguma referência a qualquer questão para a qual o revisor oficial de contas tenha chamado a atenção com

³⁹ Cf. art. 42.º, n.º 1, do CRC.

⁴⁰ Cf. art. 15.º, n.º 4, do CRC.

⁴¹ Cf. art. 53.º-A, n.º 3, do CRC.

⁴² Cf. art. 47.º, do CRC.

⁴³ Entretanto alterado pelos DL n.º 116/2008, de 4 de julho, DL n.º 69-A/2009, de 24 de março, 292/2009, de 13 de outubro e DL n.º 292/2012, de 19 de setembro.

⁴⁴ Através do seguinte sítio da Internet: http://www.ies.gov.pt/site_IES/site/home.htm

⁴⁵ Cf. art. 5.ºs e 6º do DL n.º 8/2007, de 17 de janeiro.

ênfase, sem qualificar a opinião de revisão. Ou seja, as menções que constam obrigatoriamente do registo também têm que ser publicadas.

Para além da publicidade que ao registo da prestação de contas é dado, atenta a publicação na Internet de acesso público, na sequência do seu depósito através da IES, o CSC estabelece ainda o dever de todas as sociedades comerciais disponibilizarem aos interessados, gratuitamente, no respectivo sítio da Internet, quando exista, ou na sede social, cópia integral do relatório de gestão, incluindo o relatório sobre a estrutura e as práticas de governo societário, quando não integre o relatório de gestão, bem como a certificação legal de contas e o parecer do órgão de fiscalização⁴⁶.

No caso das sociedades abertas, não cotadas em mercado de valores, os documentos de prestação de contas devem ser publicados integralmente, nos termos do artigo 72.º, n.º 3, do mesmo CRC.

As sociedades anónimas emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado situado ou a funcionar em Portugal têm de divulgar no prazo de quatro meses após o termo do exercício e manter à disposição do público por cinco anos, o relatório de gestão, as contas anuais, a certificação legal de contas e demais documentos de prestação de contas, nos termos do artigo 245.º do CVM.

Para além disso, é ainda necessário que divulguem o relatório elaborado pelo auditor registado na CMVM e a declaração de cada membro dos órgãos sociais que certifiquem que a informação divulgada foi elaborada em conformidade com as normas contabilísticas aplicáveis e dá uma imagem verdadeira e apropriada do ativo e passivo, da situação financeira e dos resultados da sociedade emitente de valores mobiliários. Devem os mesmos titulares dos órgãos responsabilizar-se pelas informações constantes do relatório de gestão, declarando que o mesmo expõe fielmente a evolução dos negócios, do desempenho e da posição da sociedade e das empresas incluídas no perímetro de consolidação.

Por outro lado, semestralmente, as mesmas sociedades devem divulgar demonstrações financeiras condensadas e um relatório de gestão intercalar, acompanhados de declaração dos titulares

⁴⁶ Cf. Art. 70.º, n.ºs 1 e 2, do CSC, na redação que resultou do DL n.º 185/2009, de 12 de agosto. Só estão dispensadas desta obrigação de publicidade as sociedades em nome coletivo e as sociedades em comandita simples, excepto quando «todos os sócios de responsabilidade ilimitada sejam sociedades de responsabilidade limitada ou sociedades não sujeitas à legislação de um Estado-Membro da União Europeia, mas cuja forma jurídica seja igual ou equiparável à das sociedades de responsabilidade limitada», ou quando «todos os sócios de responsabilidade ilimitada se encontrem eles próprios organizados sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada ou segundo umas das formas previstas na alínea anterior». Mesmo nestes casos, se não ultrapassarem dois dos limites referidos no art. 262.º, n.º 2, do CSC, também estão dispensadas desta obrigação.

dos órgãos que certifique que a informação prestada é fidedigna, nos termos acima referidos. As grandes sociedades emittentes⁴⁷ têm ainda que divulgar esta informação a cada trimestre⁴⁸.

Atualmente, e como forma de coagir as sociedades a procederem ao registo da prestação de contas, a omissão de tal ato impede que a mesma possa efetuar outros registos⁴⁹ e, caso a omissão de registo ocorra em dois anos consecutivos, determina a instauração oficiosa do procedimento administrativo de dissolução da sociedade⁵⁰.

5. Os prazos para elaboração e aprovação das contas

O prazo para os gerentes e administradores apresentarem ao órgão competente o relatório e os demais documentos de prestação de contas é de três meses a contar da data do encerramento do exercício⁵¹.

No entanto, o prazo é maior (cinco meses, também a contar do termo do exercício) no caso de se tratar de sociedades que devam apresentar contas consolidadas⁵² ou tenham optado pelo método da equivalência patrimonial (artigo 65.º, n.º 5 e artigo 508.º-A, n.º 2, do CSC). No primeiro caso o alargamento do prazo deve-se à necessidade de aguardar pelas contas individuais das sociedades que se situem no perímetro da consolidação. No caso da opção pelo método da equivalência patrimonial, como os resultados das participadas contam para a mensuração dos investimentos financeiros do investidor, é necessário esperar pelo encerramento das contas das participadas para ser possível fechar as contas da sociedade participante.

Todavia, na prática, estes prazos serão mais curtos, pois no prazo de três ou cinco meses não só a administração tem que apresentar as contas como também estas têm que ser apreciadas pelos órgãos próprios. De facto, em princípio, no final do primeiro trimestre do ano seguinte àquele a que as contas respeitam, devem estas estar já aprovadas. Isto, caso o exercício coincida com o ano civil, como

⁴⁷ Aquelas que durante dois anos consecutivos ultrapassem dois destes três indicadores: total do balanço: € 100 000 000; total das vendas líquidas e outros proveitos: € 150 000 000; número de trabalhadores empregues em média durante o exercício: 150 – cf. art. 246.º-A, n.º 1, do CVM.

⁴⁸ Cf. Art. 246.º-A do CVM.

⁴⁹ Cf. art. 17.º, n.º 3, do CRC, com a redação que lhe deu o DL n.º 250/2012, de 23 de novembro. Registe-se que não ficam impedidos todos os registos posteriores, pois esta norma prevê algumas exceções.

⁵⁰ O “Regime dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e Liquidação de Entidades Comerciais” está previsto no DL n.º 76-A/2006, de 29 de março, alterado pelos DL n.º 8/2007, de 17 de janeiro, DL n.º 318/2007, de 26 de setembro, DL n.º 90/2011, de 25 de junho e DL n.º 209/2012, de 19 de setembro. Estas sanções são necessárias atento o elevado número de sociedades que não cumprem a obrigação de registo da prestação de contas, assim se furtando a dar informações à comunidade em geral, sobretudo àqueles a quem não é fácil a obtenção de informação sobre a situação patrimonial e financeira da sociedade por outras vias.

⁵¹ Cf. art. 65.º, n.º 5, do CSC.

⁵² A consolidação de contas foi introduzida entre nós pelo DL n.º 238/91, de 2 de julho, que efetuou a transposição para o ordenamento jurídico português do regime estabelecido pela Sétima Diretiva sobre sociedades (Diretiva n.º 83/349/CEE, de 13 de julho de 1983, entretanto revogada e substituída pela Diretiva 2013/34/UE). Sobre consolidação de contas, cf. Engrácia Antunes, *Os grupos de sociedades*, p. 193 e ss.

é a regra. Mas pode não ser necessariamente assim, como veremos. Certo é que o prazo de apresentação das contas se inicia no momento em que o período do exercício termina.

Nas sociedades por quotas, o relatório de gestão e as contas do exercício devem estar disponíveis para os sócios, desde o momento da convocatória da assembleia destinada a apreciá-los, na sede da sociedade e durante as horas de expediente, devendo os sócios disso mesmo ser avisados na convocatória, tudo como é determinado pelo artigo 263.º, n.º 1, do CSC. Assim sendo, como a convocatória tem que ser expedida com pelo menos quinze dias de antecedência relativamente à data da reunião (artigo 248.º, n.º 3), é também essa a antecedência com que estes documentos têm que estar prontos e disponíveis para consulta dos sócios. Esta consulta pode ser efectuada pessoalmente pelo sócio, que se pode fazer acompanhar por revisor oficial de contas ou por outro perito.⁵³

Tratando-se de uma sociedade anónima, a mesma exigência se coloca. Nos termos do artigo 289.º, n.º 1, d), do CSC, quando se trate de uma assembleia geral para apreciar e aprovar as contas, durante os quinze dias anteriores devem ser facultados aos sócios à consulta na sede da sociedade, o relatório de gestão, as contas do exercício e demais documentos de prestação de contas.

A estes documentos junta-se a certificação legal de contas e o parecer ou do conselho fiscal, ou da comissão de auditoria, ou do conselho geral e de supervisão, ou da comissão para matérias financeiras, conforme o caso de que se trate. Para além destes documentos é também necessário facultar aos sócios o relatório anual do órgão de fiscalização correspondente ao modelo de sociedade anónima adoptado.

A fim de que tais órgãos se possam pronunciar sobre o relatório de gestão as contas do exercício, é necessário que a administração os apresente aos órgãos de fiscalização, incluindo ao revisor oficial de contas, com trinta dias de antecedência sobre a data designada para a assembleia geral.⁵⁴

No que respeita aos exercícios, é certo que, em princípio, estes têm obrigatoriamente duração anual. Só assim não será, como não pode deixar de ser, no primeiro exercício e no último, quando o seu início e fim, respectivamente, não coincidam com o início e o fim do ano civil. Por regra, o final do exercício corresponde ao final do ano civil, por interpretação *a contrario* do disposto no artigo 9.º, n.º 1, alínea i), do CSC⁵⁵. Assim, mesmo que apenas tenham decorrido muito poucos dias, o exercício termina em 31 de dezembro de cada ano, ou no último dia do exercício em que a sociedade se extinga.

Importa referir que, por regra, os exercícios anuais coincidirão com o ano civil. Mas tal não tem que ser necessariamente assim, podendo os sócios adoptar para a sociedade um exercício não coincidente com o ano civil, caso em que tal opção tem que constar do contrato de sociedade,

⁵³ Como decorre do disposto no art. 214.º, n.º 4, do CSC. Esta norma remete para o art. 576.º do Código Civil que refere a possibilidade de extração de cópias ou fotografias dos documentos.

⁵⁴ Cf. art. 451.º e 453.º do CSC.

⁵⁵ Neste sentido, Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, p. 127.

indicando a data do encerramento do exercício ⁵⁶. Mas o período adoptado para o exercício deve terminar sempre no último dia de um mês do calendário⁵⁷. Aceita-se, pois, que o exercício anual possa não corresponder com o ano civil, como o CSC estabelece no referido artigo 9.º, n.º 1, alínea i).

Esta adopção de um exercício não coincidente com o ano civil pode dever-se a diversos factores, como sejam o carácter sazonal da atividade ou a integração em grupos estrangeiros que tenham um exercício não correspondente ao ano civil que começa em 1 de janeiro e termina em 31 de dezembro⁵⁸.

Caso o exercício anual não corresponda ao ano civil, no ano em que a sociedade adopte tal exercício, o mesmo não terá a duração de dozes meses, podendo ser mais prolongado ou mais curto. É o que prevê o artigo 65.º-A do CSC⁵⁹.

Em todo o caso, o primeiro exercício, ou aquele em que se faz a passagem de um regime para outro, não pode ter uma duração inferior a seis meses, nem superior a dezoito, numa solução que contrasta com a adoptada para o primeiro exercício de uma sociedade sujeita ao regime geral, que pode ter um primeiro exercício muito inferior a seis meses⁶⁰.

6. Consequências da inobservância do prazo

O incumprimento do prazo de apresentação das contas não torna inválida a deliberação que as aprove. De facto, não estamos perante um prazo peremptório, devendo antes entender-se que se trata de um prazo de urgência, isto é, que é exigido por uma gestão ordenada. Porém, este incumprimento pode ser gerador de responsabilidade para aqueles a quem compete a sua elaboração e apresentação⁶¹.

Assim, a não apresentação tempestiva das contas e demais documentos de prestação de contas é susceptível de fazer incorrer os membros dos órgãos de administração em responsabilidade civil perante a sociedade, por omissão praticada com preterição dos seus deveres legais, nos termos do

⁵⁶ Cf. art. 9.º, n.º 1, i), do CSC.

⁵⁷ Importa ainda referir que o IRC é devido por cada exercício económico, coincidindo este com o ano civil. Só se admite exceção a esta regra para as sociedades que não tenham sede nem direcção efetiva em Portugal, que deverão manter o período adoptado nos cinco exercícios imediatos. O ministro das Finanças poderá, contudo, estender esta prerrogativa a outras sociedades, quando o interesse económico o justifique.

⁵⁸ Neste sentido, cf. Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, p. 126.

⁵⁹ Esta norma remete para o art. 7.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das pessoas coletivas (IRC). Em rigor essa remissão tem que ser hoje entendida como efectuada para o artigo 8.º, após a revisão desse código. Nos termos do n.º 2 deste artigo 8.º, «*As pessoas colectivas com sede ou direcção efetiva em território português que, nos termos da legislação aplicável, estejam obrigadas à consolidação de contas, bem como as pessoas colectivas ou outras entidades sujeitas a IRC que não tenham sede nem direcção efetiva neste território e nele disponham de estabelecimento estável, podem adoptar um período anual de imposto diferente do estabelecido no número anterior, o qual deve ser mantido durante, pelo menos, os cinco períodos de tributação imediatos*». Para as restantes pessoas coletivas, esta faculdade depende de autorização do Ministro das Finanças, quando razões de interesse económico o justifiquem – cf. art. 8.º, n.º 3, do CIRC. Importante é ainda a regra contida no n.º 1 do mesmo artigo que estabelece que o exercício económico coincide com o ano civil, salvas as exceções previstas na lei.

⁶⁰ Para uma análise crítica a este regime ver Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, p. 128.

⁶¹ Cf. Garrigues / Uria, *Comentario a la ley de sociedades anonimas*, II, p. 381.

artigo 72.º do CSC. Importa é que se prove um nexo de causalidade entre tal omissão e os danos causados à sociedade. O mesmo se pode verificar em relação aos sócios quando, a inobservância dos prazos legais de prestação de contas lhes tenha causado prejuízos (cf. artigo 79.º do CSC). E uma vez que a prestação de contas visa ainda a proteção de credores, caso a não apresentação tempestiva das mesmas possa ter sido causa da insuficiência do património para a satisfação dos credores, também estes podem responsabilizar civilmente os gerentes e administradores, ao abrigo do disposto no artigo 78.º do CSC.

Constituindo a prestação de contas um dever que recai sobre os gerentes e administradores, a sua injustificada não apresentação no prazo legalmente estabelecido constitui justa causa para a sua destituição⁶².

Por outro lado, caso a administração não apresente tempestivamente as contas a que está obrigada, os sócios podem recorrer aos tribunais para obter a sua apresentação. De facto, a partir do momento em que se completem dois meses após o termo do prazo para a sua apresentação sem que a administração o tenha feito, qualquer sócio pode requerer «que se proceda a inquérito», nos termos do artigo 67.º, n.º 1, do CSC.

Não se trata porém de realizar um verdadeiro inquérito judicial, como sucede nos casos previstos nos artigos 216.º e 292.º do CSC. Trata-se, outrossim, de obter por via judicial a apresentação aos sócios do relatório de gestão, das contas do exercício e demais documentos de prestação de contas, como se verá.

Assim, perante a falta de apresentação, no referido prazo, destes documentos de prestação de contas por parte da administração, e independentemente do facto causador de tal falta, pode qualquer sócio, seja qual for a fração de capital de que seja titular, desencadear o mecanismo previsto neste artigo 67.º do CSC⁶³, em ação intentada contra a sociedade e contra os titulares dos órgãos sociais em causa (gerentes e administradores)⁶⁴.

⁶² Cf. art. 257.º, n.º 3 e 403.º, n.º 4, ambos do CSC.

⁶³ Cf. Acórdão do STJ, de 15 de março de 1994 (Ramiro Vidigal), Acórdão do STJ, de 28 de março de 1995 (Adriano Cardigos) e Acórdão do TRC, de 8 de fevereiro de 2000 (António Geraldês).

⁶⁴ Como decorre do disposto no art. 1479.º do CPC, que estabelece o seguinte:

«1 - O interessado que pretenda a realização de inquérito judicial à sociedade, nos casos em que a lei o permita, alegará os fundamentos do pedido de inquérito, indicará os pontos de facto que interesse averiguar e requererá as providências que reputar convenientes.

2 - São citados para contestar a sociedade e os titulares de órgãos sociais a quem sejam imputadas irregularidades no exercício das suas funções.

3 - Quando o inquérito tiver como fundamento a não apresentação pontual do relatório de gestão, contas do exercício e demais documentos de prestação de contas, seguir-se-ão os termos previstos no artigo 67.º do Código das Sociedades Comerciais.»

Entendemos que quando o n.º 3 manda seguir os termos previstos no art. 67.º do CSC não está a afastar o disposto no n.º 2, que não se refere aos termos do processo mas às partes do mesmo. Uma vez que por norma a ação corre contra a sociedade, não faria sentido que os principais visados (os gerentes e os administradores) nela não intervissem. Assim, cremos que a ação deverá ser proposta contra a sociedade e contra os seus gerentes ou

Iniciado o processo, o juiz ouve os gerentes ou administradores, indagando da razão de ser do alegado atraso⁶⁵. Ouvidos estes, caso o tribunal entenda que as razões invocadas são atendíveis, havendo, pois, justificação para o atraso verificado, será concedido prazo adequado, razoável, para que a administração dê cumprimento ao seu dever de prestar contas. Nestas duas decisões (julgar justificado o atraso e conceder prazo adequado) o tribunal tem uma margem de discricionariedade elevada, pois a lei não estabelece qualquer parâmetro de ponderação destas decisões.

Se, ao invés, o Tribunal considerar improcedentes as razões invocadas para o atraso na apresentação das contas e demais documentos de prestação de contas (ou caso não sejam prestadas quaisquer justificações para o incumprimento do prazo) encarregará um gerente ou administrador de, no prazo que lhe for fixado, elaborar e apresentar os documentos em falta.

Registe-se que se trata de designar um dos gerentes ou administradores da sociedade para esse efeito circunscrito. Acresce que, nos termos da lei, o designado fica exclusivamente encarregado de apresentar as contas, afastando-se o regime de colegialidade que preside ao funcionamento da gerência e administração. Este gerente ou administrador fica não só com o encargo de elaborar e submeter aos órgãos competentes as contas e demais documentos, como também pode (melhor, deve) ele próprio convocar a assembleia geral para os apreciar.⁶⁶

administradores, sob pena de ilegitimidade. No sentido de que a ação tem que ser sempre movida (também) contra a sociedade cf. Acórdão do TRE, de 25 de junho de 1992 (Raúl Mateus). Registe-se, porém, que no Acórdão do STJ, de 28 de março de 1995 (Adriano Cardigos), se aprecia uma ação que foi movida apenas contra o gerente a quem foi pedido que prestasse contas, e não contra a sociedade, sem que aquele ou o Tribunal tivessem colocado qualquer objecção processual a tal situação. No acórdão do TRE, de 6 de abril de 1995 (Manuel Pereira), considerou-se, expressamente, que a ação do art. 67.º deveria ser intentada contra os gerentes ou administradores, *«por ser manifesto que têm interesse direto em contradizer»*. O tribunal fundamenta a sua posição no facto de se tratar de um dever pessoalmente imputado aos gerentes e administradores, que a lei manda ouvir (art. 67.º, n.º 2, do CSC), posição com a qual não podemos deixar de concordar. Defendendo que o “inquérito é requerido contra a sociedade”, ver Ana Maria Rodrigues / Rui Pereira Dias, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, p. 802 e Menezes Cordeiro, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, p. 254.

Noutra vertente, relativa ao prazo para propositura da ação, veja-se o acórdão do TRE, de 28 de janeiro de 1993, em que se considerou que nenhuma disposição legal estabelece prazo de prescrição ou caducidade para exercer o direito de pedir inquérito judicial, no caso das contas não terem sido apresentadas. Cremos que esta é, de facto, a solução mais razoável, atentos os interesses em jogo.

⁶⁵ Para que se preencha o pressuposto que permite requerer este inquérito basta, a nosso ver, que falte qualquer uma das peças que integra o dever de prestar contas, pois esta obrigação só fica cumprida com a apresentação de todos os elementos legalmente previstos. Também neste sentido ver a referência de Menezes Cordeiro, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, p. 254.

⁶⁶ É, assim, neste caso especial derogado o regime geral de convocação das assembleias gerais nas sociedades anónimas, que compete em primeiro lugar ao Presidente da Mesa da Assembleia Geral, nos termos do art. 377.º do CSC.

Assim sendo, uma vez que as contas e demais documentos estejam prontos, no prazo que lhe foi fixado⁶⁷, deve o gerente ou administrador designado submetê-los à assembleia geral da sociedade, pelo que não carece de os apresentar em juízo.⁶⁸

Refira-se, ainda, que este regime previsto no artigo 67.º do CSC só impropriamente se pode dizer que é de “inquérito”, como a redação dos seus n.ºs 1 e 3 parecem sugerir. Na verdade, como se viu, não há lugar a um inquérito judicial mas antes a um processo judicial tendente a que as contas sejam elaboradas e submetidas ao órgão competente para as aprovar. Este processo não pode ser usado em caso de não aprovação das contas, pois nessa situação haverá lugar a um procedimento especial diferente, como se verá mais à frente.

Ora, o inquérito judicial à sociedade é um processo especial, previsto nos artigos 1048.º e ss do Código de Processo Civil⁶⁹ e nos artigos 216.º e 292.º do CSC, o qual é aplicável, por exemplo, nos casos de recusa de prestação de informações aos sócios⁷⁰. De resto, o n.º 3 do referido artigo 1048.º estabelece expressamente que *«Quando o inquérito tiver como fundamento a não apresentação pontual do relatório de gestão, contas do exercício e demais documentos de prestação de contas, seguir-se-ão os termos previstos no artigo 67.º do Código das Sociedades Comerciais.»*

Por outro lado, face à falta de prestação de contas nas sociedades comerciais, não é possível o recurso ao processo especial de prestação de contas previsto no artigo 941.º e ss, do CPC.

É certo que tal preceito determina que *«A ação de prestação de contas pode ser proposta por quem tenha o direito de exigi-las ou por quem tenha o dever de prestá-las e tem por objecto o apuramento e aprovação das receitas obtidas e das despesas realizadas por quem administra bens alheios e a eventual condenação no pagamento do saldo que venha a apurar-se.»*

Assim, desde que entrou em vigor o CSC, contendo a ação prevista no artigo 67.º tendente a que sejam prestadas contas pelos gerentes ou administradores, deixou de ser aplicável o disposto no citado artigo 941.º e ss, do CPC, como a jurisprudência tem repetidamente afirmado⁷¹. Uma vez que

⁶⁷ Este prazo deve também ser *«adequado, segundo as circunstâncias»* – cf. art. 67.º, n.º 2, 1ª parte. No único caso que consta da jurisprudência conhecida, foi fixado um prazo de 90 dias – cf. Cf. Acórdão do TRC, de 8 de fevereiro de 2000 (António Geraldês).

⁶⁸ As contas virão a Tribunal, porém, no caso de a assembleia geral as não aprovar. Nessa hipótese, o gerente ou administrador que as elaborou pode, no mesmo processo, submeter a decisão de aprovação (ou não aprovação) das contas ao juiz – cf. art. 67.º, n.º 3, do CSC.

⁶⁹ A reforma do Código de Processo Civil, aprovada pela recente Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, alterou significativamente este código de 1961 (aprovado pelo DL n.º 44.129, de 28 de dezembro de 1961), mas não modificou o conteúdo das normas que aqui nos interessam, apenas as tendo reenumerado.

⁷⁰ Conforme previsto nos artigos 216.º, n.º 1 e 292.º, n.º 1, do CSC.

⁷¹ Cf. Acórdão do STJ, de 22 de abril de 1993 (Folque de Gouveia), Acórdão do STJ, de 26 de setembro de 1995 (Fernando Fabião), Acórdão do STJ, de 22 de novembro de 1995 (Herculano Lima), Acórdão TRC, de 1 de outubro de 1996 (Nuno Cameira), Acórdão TRC, de 28 de maio de 1996 (Cardoso de Albuquerque), Acórdão STJ, de 29 de junho de 1999 (Aragão Seia), Acórdão do STJ, de 16 de maio de 2000 (Ribeiro Coelho) e Acórdão do STJ, de 7 de janeiro de 2010 (Serra Baptista). A mesma solução não pode ser aplicada tratando-se de sociedade irregular, como foi decidido no Acórdão do STJ, de 19 de novembro de 1996 (Machado Soares). No

entre um e outro processo existe “*diferença irreduzível entre as duas formas de processo em confronto*” a apresentação de ação de prestação de contas, quando se deveria ter pedido um inquérito nos termos do artigo 67.º do CSC, conduz à absolvição da instância, nos termos do disposto no artigo 288.º, n.º 1, b), do CPC⁷². Isto porque, nos termos do artigo 67.º as contas não se destinam a ser apreciadas pelo Tribunal, mas pelos sócios. Nem as contas são prestadas ao sócio requerente, mas à sociedade, como vimos.

É ainda de registar que não se encontra no artigo 67.º qualquer possibilidade de o requerente se poder substituir ao gerente que não as preste, ao contrário do que se passa no processo de prestação de contas, por via do disposto no artigo 943.º do CPC⁷³.

7. Consequências da não aprovação

Ao órgão competente para apreciar as contas que lhe são apresentadas cabe apenas aprová-las ou rejeitá-las. Isto é, não pode a assembleia dos sócios alterar por sua iniciativa as contas anuais, como se referiu. Ou as aprova ou não. Já o mesmo não sucede com a proposta de aplicação de resultados, como veremos.

Caso as contas não sejam aprovadas, deverá ser deliberado que «se proceda à elaboração total de novas contas ou à reforma, em pontos concretos, das apresentadas», conforme determina o artigo 68.º do CSC. Para tanto, tal deliberação deve ser motivada, isto é, apontar os pontos de discórdia relativamente às contas trazidas pela administração.

As novas contas (ou a reformulação das apresentadas) terão que ser elaboradas pelo órgão de administração. Porém, se a administração não concordar com a alteração proposta, a lei faculta-lhe a possibilidade de requerer um inquérito judicial, no qual se irá avaliar da necessidade de reforma das contas. Isto é, o litígio que entre os órgãos societários se instalou será resolvido nas instâncias judiciais, num procedimento análogo ao previsto no artigo 67.º, n.º 3, do CSC.

caso em apreço, tratando-se de uma sociedade constituída por mero escrito particular (quando ainda era exigível a celebração do contrato de sociedade por escritura notarial), o Tribunal considerou que se deveria aplicar a essa sociedade irregular o regime das sociedades civis, nos termos do art. 36.º, n.º 2, do CSC. Assim sendo, o meio de que dispõe o sócio de sociedade civil que pretenda exigir a prestação de contas é o recurso à ação prevista no art. 941.º do CPC. Nesse caso a ação será proposta contra o próprio gerente e não contra a sociedade, como sucede no caso do processo previsto no art. 67.º do CSC.

⁷² Cf. o citado Acórdão do STJ, de 22 de novembro de 1995 (Herculano Lima) e Acórdão do STJ, de 16 de maio de 2000 (Ribeiro Coelho). Neste último caso, o Tribunal da Relação de Coimbra havia considerado que a utilização indevida do processo especial de prestação de contas do art. 941.º do CPC constituiria uma mera nulidade secundária (erro na forma de processo) não obstando ao reconhecimento do direito de exigir a prestação judicial de contas – cf. Eduardo de Melo Lucas Coelho, *Pontos críticos do Código das Sociedades Comerciais*, p. 52.

⁷³ Nos termos do art. 943.º, n.º 1, do CPC «Quando o réu não apresente as contas dentro do prazo devido, pode o autor apresentá-las, sob a forma de conta corrente, nos 30 dias subsequentes à notificação da falta de apresentação, ou requerer prorrogação do prazo para as apresentar.»

Porém, o recurso à via judicial está vedado se a reforma determinada pelo órgão próprio tiver por fundamento «juízos para os quais a lei não imponha critérios». O que suscita o problema de saber quais as situações em que o legislador não oferece critérios de determinação de valores contabilísticos⁷⁴. É certo que a elaboração das contas obedece à lei, nomeadamente às regras contidas no SNC, mas não se pode excluir a existência de alguma margem de discricionariedade técnica, fundada em opções contabilísticas da própria sociedade⁷⁵.

Certo é que, não sendo aprovadas as contas não é possível deliberar sobre a aplicação do resultado do exercício.

Importa ainda referir que a não aprovação das contas pode significar uma «manifestação de desconfiança» dos sócios em relação à administração⁷⁶. Na verdade, a rejeição das contas apresentadas pode indiciar uma falta de sintonia entre sócios e administradores, ou pelo menos uma falta de confiança dos primeiros nestes últimos⁷⁷.

Todavia, importará, em cada caso, averiguar das razões da rejeição das contas apresentadas. É que, por um lado, poderão não ser as mesmas por parte de todos os sócios. E por outro, não se pode excluir que existam divergências técnicas em relação às contas apresentadas pela administração que, por isso mesmo, não se traduzam necessariamente numa avaliação negativa do seu desempenho. De resto, o inverso também pode suceder. Isto é, que após a aprovação das contas sem reservas se siga um voto de desconfiança em relação à administração.

Situação diversa é a ausência de qualquer deliberação sobre as contas do exercício elaboradas pela administração. Isto é, quando tendo sido elaboradas e apresentadas as contas pelo órgão de administração, a assembleia nada delibere sobre as mesmas no prazo de dois meses após o termo do prazo de três meses contados a partir do final do exercício.

⁷⁴ Em princípio há sempre um critério contabilístico determinado por lei. Pode porém haver alguma margem de discricionariedade na aplicação dos critérios, margem essa que é «ineliminável» – cf. Osório de Castro, *Sobre o art. 89.º, n.º 2, do projecto de Código das Sociedades*, p. 229, nota 4.

⁷⁵ No sentido de evitar alargamentos desajustados desta norma, aquando da discussão do projeto de CSC, Osório de Castro propôs que a este número se acrescentasse que «não é admissível o inquérito, se as modificações ordenadas se puderem considerar razoáveis» - cf. *Sobre o art. 89.º, n.º 2, do projecto de Código das Sociedades*, p. 247. Não parece, contudo, que o problema ficasse definitivamente resolvido, face ao recurso a um conceito indeterminado.

⁷⁶ Cf. José Carlos Soares Machado, *A deliberação de confiança na apreciação anual da situação da sociedade*, p. 603.

⁷⁷ Não falta quem entenda que a reprovação das contas determina a destituição dos administradores – cf. Amel Amer-Yahia, *Le Régime Juridique des Devidendes*, p. 69. Também no Brasil, quer a doutrina, quer a jurisprudência entendem que a reprovação das contas tem como consequência imediata a destituição dos administradores que as tenham elaborado e sua eventual responsabilização pelos prejuízos daí decorrentes – cf. Gustavo Tepedino / Heloisa Helena Barbosa / Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado – Conforme a Constituição da República* - Vol. III, p. 210.

Nesse caso, pode qualquer gerente, administrador ou qualquer sócio, requerer ao tribunal a convocação de assembleia geral para deliberar sobre as contas e de demais documentos de prestação de contas, como determina o n.º 4 do artigo 67.º do CSC.

Nas sociedades anónimas também o conselho fiscal, o fiscal único, a comissão de auditoria e o conselho geral e de supervisão têm o dever de convocar a assembleia quando o presidente da mesa não o faça – cf. artigos 377.º, n.º 7; 420.º, n.º 1, h); 423.º-F, n.º 1, h) e 441.º, n.º 1, s)⁷⁸, todos do CSC. Neste contexto, deve entender-se que lhes cabe efetuar essa convocação perante a omissão de iniciativa por quem de direito.

Caso a assembleia tenha sido convocada por via judicial e não tendo sido aprovadas ou rejeitadas as contas, pode qualquer interessado requerer que as mesmas sejam analisadas por um revisor oficial de contas independente, como prevê o n.º 5 do artigo 67.º do CSC. Nomeado tal revisor independente, caberá ao juiz em face do relatório apresentado e das demais provas que forem produzidas aprovar ou recusar a aprovação das contas. Neste último caso, a lei não estabelece qualquer mecanismo de superação da não aprovação das contas, mas cremos que a melhor solução será a de, em caso de não aprovação pelo juiz, este determinar que a administração reformule as contas, fundamentando a razão da sua não aprovação.

8. Conclusão

Como começamos por referir, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, h), do CIRE, o atraso superior a nove meses na aprovação e depósito das contas, quando a sociedade a tal está obrigada, é um dos factos indiciadores da situação de insolvência.

A descrição a que se procedeu, analisando todo o processo de elaboração, aprovação e depósito das contas, revela com evidência que se está perante um processo complexo e que pressupõe a atuação de diversos atores e órgãos societários. Ora, todo este processo, pode sofrer diversas vicissitudes que impeçam o normal cumprimento dos prazos, atrasando o normal desenvolvimento do processo.

Neste sentido, parece acertada a afirmação de a consagração deste facto índice de insolvência revela algum “zelo excessivo” do legislador⁷⁹, não existindo um claro nexo de causalidade entre um tal atraso e a impossibilidade de cumprimento das obrigações do devedor.

⁷⁸ Aparentemente, pelo teor literal da alínea s), do n.º 1, do art. 441.º, o Conselho Geral e de Supervisão tem competência para convocar a assembleia geral, quando o entenda conveniente, e não o dever de a convocar como sucede com o Conselho Fiscal, o Fiscal Único e a Comissão de Auditoria. Todavia, não cremos que a diversa redação da lei a este propósito, nas competências do Conselho Geral e de Supervisão tenha qualquer relevância jurídica, pois também a este conselho compete vigiar pela observância da lei e do contrato de sociedade, pelo que, perante a omissão de convocação da assembleia geral pelo presidente da mesa, o Conselho Geral e de Supervisão podendo efetuar tal convocação não deverá deixar de o fazer, sob pena de se estar a demitir das suas competências de velar pela observância da lei.

⁷⁹ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes / João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Vol. I, p. 139.

O processo de insolvência enquanto realidade fiscal

Paula Martins Cunha

Advogada

RESUMO

O presente estudo visa fornecer pistas de análise para alguns dos problemas de articulação de duas áreas distintas do Direito: o direito da Insolvência e o direito Fiscal.

As relações entre estes dois campos do Direito merecem reflexão e busca de soluções, de modo a esclarecer questões que se manifestam quotidianamente. Os problemas inerentes ao devedor/insolvente e à sua qualificação enquanto sujeito passivo de imposto; a manutenção das obrigações fiscais declarativas após a declaração de insolvência; a legalidade das liquidações oficiosas em caso de inactividade da devedora após a declaração de insolvência e a extinção da sociedade e das consequentes obrigações fiscais em caso de encerramento do processo por insuficiência de massa são entre outras, questões que a prática pretende ver respondidas.

O problema ganha novos contornos num momento em que a insolvência das sociedades é uma realidade presente e recorrente na actual conjuntura económico – financeira, agravada por uma constante necessidade de alteração legislativa no domínio fiscal.

Assim, por recurso à análise legislativa, doutrinal e jurisprudencial de ambos os ramos do Direito, e da visão de cada um deles perante o fenómeno da insolvência, procura-se através deste breve estudo estabelecer elos de ligação entre aqueles distintos ramos de direito, com o objectivo imediato de encontrar soluções para as questões que, diariamente, se colocam àqueles que trabalham com estas duas realidades distintas, embora conexas: a insolvência e a fiscalidade.

ABSTRACT

This study aims to provide insight analysis to some problems of articulation between two distinct areas of the law: the Insolvency and Tax.

The relations between these two fields of law deserve reflection and search for solutions in order to clarify issues that arise daily. The insolvent problems and their qualification as a taxable person; the maintenance of the declarative tax obligations after the declaration of insolvency; the

legality of official settlements in case of inactivity of the insolvent and the extinction of society and the tax obligations in case of closure due to insufficient mass insolvent, among others, are questions that practice want to see answered.

The issue gains new contours when the insolvency of companies is a recurring reality in the current economic and financial context, aggravated by a constant need for legislative changes in the tax field.

Thus, using the legislative, doctrinal and jurisprudential analysis of both mentioned areas of law, and through the vision of each of them of the insolvency phenomenon, this brief study intends to establish links between those different branches of law, with the aim of finding solutions to the questions that daily arise to those who work with these two distinct, though related realities: insolvency and taxation.

1.- O Insolvente enquanto *Sujeito Passivo*

1.1 - A perspectiva da AF (Circular 1/2010)

1.1.1 – Da personalidade Tributária

A questão da personalidade tributária da sociedade, após a declaração de insolvência, encontra-se plasmada em norma interna, emanada da administração tributária, através da Circular nº 1/2010, de 2 de Fevereiro, de acordo com a qual a personalidade tributária da insolvente, tal como definida no artigo 15.º da Lei Geral Tributária (LGT), não é afetada pela declaração de insolvência, porquanto inerente ao respetivo processo de liquidação estão a realização de operações abrangidas pelo campo de incidência do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC) e do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA).

Com efeito, a declaração de insolvência é causa imediata de dissolução da sociedade, entrando esta, por força do disposto nº 1 do art. 146º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), em fase de liquidação. Contudo, a dissolução da sociedade não implica a sua imediata extinção, ou seja, a sociedade só se considera extinta com o registo do encerramento da liquidação.

Dispõe o nº 2 do artigo 160º do Código das Sociedades Comerciais (CSC) que a sociedade se considera extinta pelo registo do encerramento da liquidação. Disposição em consonância com o disposto no nº 5 do art. 8º do Código de Imposto das Pessoas Coletivas (CIRC), que refere que a cessação de atividade ocorre na data do encerramento da liquidação.

O que significa que, até que ocorra o registo do encerramento da liquidação a sociedade mantém a personalidade jurídica e como tal é sujeito de direitos e obrigações, continuando a ser-lhe aplicável, com as necessárias adaptações em tudo o que não for incompatível com o regime processual de liquidação, as disposições que regem as sociedades não dissolvidas, conforme dispõe o n.º 2 do art. 146º do CSC.

Aliás, nos termos dos artigos 156º, n.º 2, e 234º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), pode decidir-se a manutenção da atividade da empresa após a declaração de insolvência ou a sua retoma.

Deste modo, a sociedade declarada insolvente mantém a sua personalidade jurídica e tributária. Assim, a suscetibilidade de ser sujeito de relações jurídicas tributárias no processo de liquidação determina a manutenção da qualidade de sujeito passivo.

Em termos fiscais o que é decisivo é a cessação de atividade, a qual só ocorre nas situações expressamente previstas na al. a) do n.º 5 do art. 8º do CIRC. Ou seja, a cessação da atividade ocorre na data do encerramento da liquidação. Quer isto significar que o que é decisivo não é a ausência de prossecução do objeto social, mas sim a cessação de atividade.

A sociedade em liquidação mantém, assim, a qualidade de sujeito passivo de IRC, nos termos do disposto no art. 2º do CIRC, devendo manter-se à luz do art. 123º do mesmo diploma a contabilidade organizada conforme a lei comercial e fiscal, com a derrogação dos princípios contabilísticos como por exemplo o da “Continuidade” ou da “Especialização do Exercício”.

Inerente à contabilidade organizada está a obrigatoriedade de dispor de técnico oficial de contas, atento o disposto nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do art. 6º do Estatuto da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (EOTOC), com as alterações introduzidas pelo Dec.-Lei n.º 310/2009, de 26 de Outubro face à susceptibilidade de ser sujeito de relações jurídicas tributárias (art.º 15.º, LGT) no processo de liquidação (v.g., na realização de activos) que determina a manutenção da qualidade de sujeito passivo, em linha com o CI A perspectiva da AF (Circular 1/2010).

1.1.2 - Obrigações fiscais que subsistem durante a liquidação de empresas insolventes

a) Obrigações em sede de IRC

Durante o período de liquidação as empresas insolventes mantêm a obrigação de proceder à liquidação e ao pagamento do imposto, nos termos previstos na alínea a) do artigo 89.º e no n.º 1 do artigo 104.º, ambos do CIRC.

Sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo 118.º do CIRC, deve apresentar, nos termos do n.º 5 do mesmo artigo, a declaração com as alterações verificadas, nomeadamente, quanto à designação social passando a designar-se por “sociedade em liquidação” ou, simplesmente, “em liquidação”, conforme decorre do n.º 3 do artigo 146.º do CSC.

A sociedade insolvente “em liquidação” deve, ainda, submeter, por transmissão eletrónica de dados, nos termos previstos no artigo 120.º do CIRC, a declaração periódica de rendimentos a que se refere a alínea b) do n.º 1 do artigo 117.º, a qual deve conter a identificação do TOC, bem como nos termos previstos no artigo 121.º do CIRC, a declaração anual de informação contabilística e fiscal a que se refere a alínea c) do n.º 1 do artigo 117.º, com a identificação do TOC.

Estas e as demais obrigações declarativas previstas no Código do IRC são da responsabilidade do administrador da insolvência, conforme decorre expressamente do n.º 10 do artigo 117.º do referido Código, devendo ser subscritas por um técnico oficial de contas.

b) Obrigações em sede de IVA

Em sede de IVA, a sociedade insolvente “em liquidação” deve apresentar, nos termos do artigo 32.º do CIVA, uma declaração de alterações, indicando no quadro 17 a respectiva identificação e no quadro 04 aditando à designação social a expressão “sociedade em liquidação” ou, simplesmente, “em liquidação”, conforme decorre do n.º 3 do artigo 146.º do CSC.

Esta declaração deve conter obrigatoriamente a identificação/ assinatura do respetivo técnico oficial de contas.

Deve, igualmente, emitir, em conformidade com o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 29.º do CIVA, em forma legal, uma fatura ou documento equivalente por cada transmissão de bens ou prestação de serviços, tal como vêm definidas nos artigos 3.º e 4.º do referido diploma, bem como proceder ao correto apuramento do imposto em cada um dos períodos de tributação previstos no CIVA, recorrendo nomeadamente às regras constantes dos

seus artigos 19.º a 26.º e do artigo 78.º, as quais se integram no conceito de “liquidação do imposto” que o mesmo normalmente assume no Direito Fiscal.

Encontra-se ressalvada a possibilidade de exercício por parte dos sujeitos passivos em situação de insolvência declarada, do direito a dedução do imposto, nos termos dos artigos 19.º a 26.º do CIVA.

Nos períodos de tributação em que tenha sido apurado imposto a favor do Estado, a sociedade insolvente deve proceder ao pagamento do imposto que se mostrar devido, nos prazos legais definidos em função da periodicidade em que se encontram enquadrados, bem como na forma e prazos definidos na lei, as demais obrigações declarativas previstas no CIVA.

Em caso de pedido de reembolso, este será solicitado em declaração periódica, contendo a identificação do técnico oficial de contas responsável, submetida por transmissão eletrónica de dados, no prazo legal, após o que será deferido ou indeferido, consoante se encontrem ou não reunidas as condições legais previstas no artigo 22.º do CIVA e no Despacho Normativo n.º 18-A/2010, de 1 de julho.

Na circunstância de, no decurso do procedimento de insolvência, se prever, em sede de plano de insolvência, a manutenção em atividade da empresa, na titularidade do devedor ou de terceiro, deve o sujeito passivo submeter, nos termos do artigo 32.º do CIVA, uma declaração de alterações, contendo:

- A retirada à designação social do devedor da menção “sociedade em liquidação” ou simplesmente “em liquidação”, como decorre conjugadamente dos artigos 141.º, n.º 1, alínea e); 146.º, n.º 1, e 161.º, todos do CSC com o artigo 206.º, n.º 1 do CIRE;
- A adoção de qualquer eventual providência a que alude o artigo 198.º do CIRE.

Assim, poder-se-á concluir que, nas sociedades declaradas insolventes, não é o facto de se tratar de uma execução universal de bens e de se estar perante uma situação económica deficitária que impede que se possam verificar ganhos fortuitos e inesperados, vendas de bens por valores que podem não só solver todas as dívidas como gerar sobras, incrementos patrimoniais. Como tal, nenhuma razão subsiste para se furtarem à tributação em sede de IRC.

c) Lucro tributável determinado separadamente

O lucro tributável da sociedade insolvente é, contudo, determinado com referência a todo o período de liquidação do património societário. Quer isto significar que o período de tributação não será igual a um ano, como sucede no regime normal de tributação, mas terá a duração correspondente à fase de liquidação, conforme dispõe o n.º 8 do art. 8º do CIRC, que refere que o período de tributação pode ser superior a um ano relativamente a sociedades e outras entidades em liquidação, ou seja, que tem a duração correspondente à fase de liquidação.

O mesmo é referido no n.º 1 do art. 79º do CIRC, que refere que o lucro tributável é determinado com referência a todo o período de liquidação.

Assim, para efeitos de determinação do lucro tributável, há que observar os seguintes procedimentos:

- a) No período de tributação em que ocorre a dissolução, o lucro tributável é determinado separadamente, contemplando o período decorrido desde o início do exercício e a data de dissolução e depois o período decorrido entre a data da dissolução e o termo do período de tributação, als. a) e c) do n.º 2 do art. 79º do CIRC, o que naturalmente implica o cumprimento das respectivas obrigações declarativas.
- b) Durante o período em que decorre a liquidação determina-se anualmente o lucro tributável respetivo, que terá natureza provisória e será corrigido face à determinação do lucro tributável correspondente a todo o período de liquidação, conforme dispõe a al. b) do n.º 2 do Art. 79º do CIRC, o que igualmente implica a obrigação de apresentação da declaração periódica de rendimentos por cada período de tributação completo posterior ao da dissolução, nos respetivos prazos legais, conforme dispõe o n.º 1 do art. 120º do CIRC.
- c) No período de tributação em que ocorre o encerramento da liquidação, há que apresentar a declaração periódica de rendimentos referente ao tempo decorrente entre o início do período de tributação e a data do encerramento da liquidação (declaração do período de cessação) e a declaração relativa a todo o período de liquidação, a não ser que o lucro tributável determinado anualmente durante esse período tenha perdido a natureza provisória e assumindo natureza definitiva em virtude de o período de liquidação ter ultrapassado dois anos (n.º 3 do art. 79º do CIRC).

De notar que o contribuinte fica dispensado de entregar a declaração de alterações sempre que as mudanças em causa sejam de factos sujeitos a registo na Conservatória do Registo Comercial (CRC), conforme dispõe o art. 32, nº 3, do CIVA e art. 118º, nº 7, do CIRC. Assim, a declaração de insolvência e a nomeação do Administrador de Insolvência são registadas oficiosamente, com base na respetiva certidão na CRC, conforme dispõe o art. 38, nº 2, al. b), do CIRE.

É oficiosa e gratuita a comunicação, por via eletrónica, do conteúdo dos atos de registo aos serviços da Administração Tributária e da Segurança Social:

- a declaração de insolvência (dissolução);
- a nomeação e destituição do Administrador de Insolvência; e,
- o encerramento da liquidação (extinção), conforme dispõe o art. 72º-A, nº 1, do Código de Registo Comercial.

1.2 - A perspectiva dos Tribunais Administrativos e Fiscais

Na perspectiva adoptada na nossa jurisprudência, na qualificação da sociedade insolvente enquanto sujeito passivo de imposto o decisivo não é a ausência da prossecução do objecto social, mas sim a cessação de actividade.

Deste modo, qualquer que seja a causa da dissolução, a sociedade em liquidação continua a existir enquanto sujeito passivo de IRC e permanece vinculada a obrigações fiscais (v.g., a manutenção de contabilidade organizada) e obrigações declarativas (através do AI).

Para o efeito, os Tribunais Administrativos e Fiscais têm apontado as seguintes razões:

- Pode ser reiniciada a actividade (recuperação da empresa); ou
- Durante o período de liquidação pode existir alguma actividade económica geradora de rendimentos sujeitos a IRC (fruto, por exemplo, de negócios de execução duradoura que tiveram início antes da declaração de insolvência ou da confirmação de negócios do falido posteriores à declaração de insolvência), podendo ser apurado lucro;
- A execução universal dos bens e a presença de uma situação económica deficitária não impede que se possam verificar ganhos fortuitos e inesperados e/ou vendas de bens por valores que podem não só solver todas as dívidas como gerar sobras;
- Incrementos patrimoniais para os quais nenhuma razão subsiste com o objectivo de se furtarem à tributação em sede de IRC.

Citando, aqui, o douto aresto do STA, Proc.º 01145/09, de 24-02-11: “A sociedade dissolvida na sequência de processo falimentar continua a existir enquanto sujeito passivo de IRC até à data do encerramento da liquidação (...) mantendo-se vinculada a obrigações fiscais declarativas” (através do respectivo AI).

A justiça tributária alcança-se pela tributação de cada um, de acordo com a sua capacidade contributiva (art.º 104.º, n.º 2, CRP).

No caso das empresas a sua capacidade contributiva é revelada pelo seu lucro real, pelo que, a consideração de inexistentes custos e proveitos obtidos ou incorridos constitui violação do princípio da tributação do lucro real.

A inexistência de actividade e, em consequência, de qualquer lucro susceptível de tributação em sede de IRC, implica a inexistência de rendimento tributável (leia-se, lucro ou facto tributário), pelo que, a liquidação, ainda que oficiosa, não pode manter-se na ordem jurídica. Sendo o acto tributário inválido, por inexistência de facto tributário, deve o mesmo ser anulado (Acórdão TCA Sul, Proc.º 03436/09, de 13-10-09).

Deste modo, a inexistência de facto tributário em resultado da inactividade do sujeito passivo e falta de obtenção de quaisquer receitas constitui um vício que pode ser imputado à liquidação oficiosa do imposto por falta de entrega da declaração periódica de rendimentos (*vide* Acórdão do STA, Proc.º 01145/09, de 24-02-11).

2. A Dispensa de entrega de declaração de alterações e cessação de IRC

O programa do XVII Governo Constitucional dispunha que “os cidadãos e as empresas não podem ser onerados com imposições burocráticas que nada acrescentam à qualidade do serviço”, determinando ainda que “no interesse conjunto dos cidadãos e das empresas, serão simplificados os controlos de natureza administrativa”.

O DL 122/2009, de 21 de Maio, concretizou uma medida do SIMPLEX da responsabilidade dos Ministérios das Finanças e da Administração Pública, da Justiça e do Trabalho e da Solidariedade Social que visou simplificar as comunicações das empresas ao Estado, ficando o contribuinte dispensado da entrega da declaração de alterações sempre que as alterações em causa sejam de factos sujeitos a registo na CRC (art.º 32.º, n.º 3, do CIVA e art.º 118.º, n.º 7, do CIRC - Aditados pelo DL 122/2009, de 21.5, em vigor desde 01-10-09).

Neste sentido, é oficiosa e gratuita a comunicação, por via electrónica, do conteúdo dos seguintes actos de registo aos serviços da administração tributária e da segurança social:

- A declaração de insolvência (dissolução);
- A nomeação e destituição do administrador de insolvência;
- A dissolução e o encerramento da liquidação.

3. A ilegalidade das liquidações oficiosas em resultado da inactividade

A questão a deslindar é a de saber se a sociedade dissolvida na sequência do processo de insolvência continua ou não a existir enquanto sujeito passivo de IRC até à data do encerramento da liquidação, mantendo-se, assim, vinculada a obrigações fiscais, nomeadamente declarativas.

Perante as normas contidas no Código das Sociedades Comerciais (CSC), podem ser várias as causas de dissolução das sociedades, constituindo causas gerais de dissolução *a declaração de insolvência, a deliberação dos sócios, o decurso do prazo fixado no contrato, a realização completa do objecto contratual e a ilicitude superveniente do objecto contratual* (conforme CAPÍTULO XII, artigos 141º e seguintes).

Porém, qualquer que seja a causa de dissolução, ela acarreta uma fase de liquidação do património societário conducente à extinção da sociedade, pois, como decorre do disposto no artigo 160.º, n.º 2, do CSC, a sociedade só é considerada extinta após o registo do encerramento da liquidação, mantendo até lá a personalidade jurídica, sendo sujeito de direitos e obrigações, a quem continua a ser aplicável, embora com as necessárias adaptações e em tudo que não for incompatível com o regime processual de liquidação, as disposições que regem as sociedades não dissolvidas (conforme artigo 146.º do CSC).

Quer isto dizer que, a dissolução opera apenas uma modificação da situação jurídica da sociedade, que se caracteriza pela sua entrada em liquidação. Razão por que, em termos fiscais, deverá ser apresentada no Serviço de Finanças, no prazo de 15 dias a contar da data da dissolução, a declaração de alterações referida no n.º 5 do artigo 118.º do CIRC, indicando-se no Q. 17 a identificação dos liquidatários, e aditando-se no Q. 04 à designação social a expressão «*sociedade em liquidação*» ou simplesmente «*em liquidação*» (artigo 146.º, n.º 3 do CSC).

Por outro lado, segundo o Código do IRC, são sujeitos passivos deste imposto, entre outros, as sociedades comerciais com sede ou direcção efectiva em território português, as quais são tributadas pelo respectivo lucro até à cessação de actividade (artigo 2.º, alínea a), e

artigo 3.º, n.º 1, alínea a)), cessação que, relativamente às sociedades em liquidação, só ocorre na data de encerramento da liquidação (artigo 8.º, n.º 5, alínea a) do CIRC).

Isto é, a sociedade dissolvida só se considera extinta após o registo do encerramento da liquidação (artigo 160.º, n.º 2 do CSC), razão por que deverá ser apresentada no respectivo serviço de finanças, no prazo de 30 dias a contar da data da cessação de actividade, a declaração de cessação de actividade, indicando no Q. 07 a data de encerramento da liquidação.

Por conseguinte, em termos fiscais e designadamente para a aplicação dos mecanismos estruturais do IRC, o que é decisivo não é a ausência de prossecução do objecto social, mas sim a cessação de actividade, a qual só ocorre nas situações expressamente previstas no n.º 5 do artigo 8º do CIRC.

Por aqui logo se vê que qualquer que seja a causa da dissolução, a sociedade em liquidação continua a existir enquanto sujeito passivo de IRC, permanecendo vinculada a obrigações fiscais. Isto é, inexistindo qualquer excepção prevista na lei, todas as sociedades dissolvidas, qualquer que seja a causa da dissolução, mantêm obrigações fiscais e obrigações declarativas, sendo a sua responsabilidade do liquidatário ou do administrador da insolvência, conforme expressamente é referido pelo n.º 10 do artigo 117.º do CIRC.

E assim sendo, a declaração de insolvência e a entrada em período de liquidação da massa insolvente não determina, por si só, a cessação em Imposto sobre o Rendimento.

O que se compreende, na medida em que durante o período de cessação progressiva da existência da sociedade, ou período de liquidação, pode existir alguma actividade económica geradora de rendimentos sujeitos a IRC (fruto, por exemplo, de negócios jurídicos que se continuaram a realizar, mormente negócios de execução duradoura que tiveram início antes da declaração de insolvência, ou fruto da confirmação de negócios do insolvente posteriores à declaração de insolvência), podendo o “*Resultado da Liquidação*”, evidenciado pelo respectivo “*Balanço*”, apresentar lucro. Aliás, o facto de uma sociedade ter sido declarada insolvente e haver entrado em fase de liquidação, não obsta a que a sociedade possa retomar a sua actividade comercial após ter sido declarada insolvente (artigos 230.º e 234.º do CIRE).

O que significa que, relativamente às sociedades em liquidação em processo de insolvência, não é o facto de se tratar de uma execução universal de bens e de se estar em presença de uma situação económica deficitária que impede que se possam verificar ganhos fortuitos e inesperados, vendas de bens por valores que podem não só solver todas as dívidas

como gerar sobras, incrementos patrimoniais esses para os quais nenhuma razão subsiste para se furtarem a tributação em sede de IRC.

Verificada, pois, a continuidade da sua qualidade de sujeito passivo de IRC, nos termos do artigo 2º do respectivo Código, o lucro tributável destas sociedades é, porém, determinado com referência a todo o período de liquidação do património societário. Ou seja, o período de tributação não será igual a um ano, como impõe, em princípio, o n.º1 do artigo 8.º do CIRC, tendo, antes, a duração correspondente à fase de liquidação, como estipulado pelo n.º 8 desse artigo 8.º.

O mesmo é referido pelo n.º 1 do artigo 79.º do CIRC, que integra a subsecção V desse Código (com a epígrafe “*Liquidação de sociedades e outras entidades*”), onde se estipula que o lucro tributável das sociedades em liquidação é determinado com referência a todo o período de liquidação.

Esse preceito determina o seguinte:

Artigo 79º - Sociedades em liquidação

1 - Relativamente às sociedades em liquidação o lucro tributável é determinado com referência a todo o período de liquidação.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, observar-se-á o seguinte:

a) As sociedades que se dissolvam devem encerrar as suas contas com referência à data da dissolução, com vista à determinação do lucro tributável correspondente ao período decorrido desde o início do exercício em que se verificou a dissolução até à data desta;

b) Durante o período em que decorre a liquidação e até ao fim do exercício imediatamente anterior ao encerramento desta, haverá lugar, anualmente, à determinação do lucro tributável respectivo, que terá natureza provisória e será corrigido face à determinação do lucro tributável correspondente a todo o período de liquidação;

c) No exercício em que ocorre a dissolução deverá determinar-se separadamente o lucro referido na alínea a) e o lucro mencionado na primeira parte da alínea b).

3 - Quando o período de liquidação ultrapasse três anos, o lucro tributável determinado anualmente, nos termos da alínea b) do número anterior, deixa de ter natureza provisória.

4 - Os prejuízos anteriores à dissolução e na data desta ainda dedutíveis nos termos do artigo 46º, poderão ser deduzidos ao lucro tributável correspondente a todo o período de liquidação, se este não ultrapassar três anos.

5 - À liquidação de sociedade decorrente da declaração de nulidade ou da anulação do respectivo contrato é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos números anteriores.

Sendo o lucro tributável das sociedades em liquidação determinado com referência a todo o período da liquidação, compreende-se a obrigação imposta pela alínea a) do n.º 2, de encerramento das contas com referência à data da dissolução, com vista à determinação separada do lucro tributável anterior (correspondente ao período decorrido desde o início do exercício em que se verificou a dissolução até à data desta), do lucro tributável posterior (correspondente a todo o período de liquidação) - alínea c) do n.º 2. O que implica, naturalmente, obrigações declarativas.

Neste contexto, e visto que o preceito não traça qualquer distinção quanto às causas de dissolução que determinaram a liquidação do património societário, nem excepciona, de algum modo, a liquidação ocorrida em processo de insolvência, não se vislumbra razão para que o seu regime não seja aplicável (ainda que parcialmente, isto é, na parte que não seja incompatível com o regime processual da massa insolvente) a essa forma de liquidação. Até porque o que a lei não distingue, também o intérprete não deve, em princípio, distinguir.

Acresce que do facto de o n.º 5 do artigo 65.º do CIRC estender a aplicação do preceito aos casos de “*anulação ou nulidade dos contratos de sociedade*” não significa necessariamente que o legislador tenha pretendido a sua aplicação somente aos casos de *dissolução voluntária* da sociedade e que, por isso, tenha sentido necessidade de estender esta disciplina àquela forma de liquidação do património societário. A razão mais provável da norma contida no n.º 5 do artigo 79º do CIRC é a de o legislador ter sentido necessidade de esclarecer esse aspecto por virtude de o Código Comercial (cujas regulamentação seguiu de perto) não englobar a invalidade do contrato no capítulo dedicado à dissolução das sociedades (Capítulo XII, artigos 141º e segs.).

Em suma, não se vê motivo para que a liquidação derivada da dissolução em processo de insolvência tenha um tratamento diferenciado das demais liquidações de patrimónios societários. O facto de a sociedade ser declarada insolvente não obsta, pois, a que se mantenham, com as necessárias adaptações e em tudo o que não for incompatível com o regime processual da massa insolvente, as disposições que regem as sociedades não

dissolvidas, designadamente as regras previstas no CIRC para a tributação do lucro tributável das sociedades em liquidação.

Assim sendo, para efeitos de determinação do lucro tributável, há que observar os seguintes procedimentos:

- no exercício em que ocorre a dissolução, o lucro tributável é determinado separadamente, contemplando o período decorrido desde o início do exercício e a data da dissolução e o período decorrido entre esta e o termo desse exercício – artigo 79.º, n.º 2, alínea a) e c) – o que implica o cumprimento das respectivas obrigações declarativas;

- durante o período em que decorre a liquidação, deverá determinar-se anualmente o lucro tributável respectivo, que terá natureza *provisória* e será corrigido face à determinação do lucro tributável correspondente a todo o período de liquidação – artigo 79.º, n.º 2, alínea b) – o que implica a obrigação de apresentação de declaração anual de rendimentos por cada exercício completo posterior ao da dissolução, nos respectivos prazos legais (n.º 1 do artigo 120.º do CIRC).

- no exercício em que ocorre o encerramento da liquidação, há que apresentar declaração referente ao período decorrente entre o início desse exercício e a data do encerramento da liquidação (declaração do período da cessação) e declaração relativa a todo o período da liquidação, a menos que o lucro tributável determinado anualmente durante esse período tenha perdido natureza provisória e assumido natureza definitiva por virtude de o período de liquidação ter ultrapassado três anos.

É certo que é duvidoso se na insolvência as declarações anuais podem ou devem perder a natureza *provisória* e adquirir natureza *definitiva* por virtude de o período de liquidação ter ultrapassado dois anos (n.º 3 do art.º 79.º) e se os prejuízos anteriores à dissolução devem deixar de poder ser deduzidos ao lucro tributável correspondente a todo o período de liquidação se este ultrapassar dois anos (n.º 4 do art.º 79.º).

No entanto, também não se pode descurar que os acréscimos patrimoniais porventura ocorridos no processo de insolvência não podem ser temperados por pagamentos por conta nem pela dedução de custos, gerando resultados provisórios verdadeiramente distorcidos na óptica da anualidade; sendo que, por outro lado, a maior parte das insolvências acolhem diversos litígios com tempos processuais autónomos que se furtam à gestão temporal do liquidatário e podem mesmo retardar a liquidação, não estando, assim, o processo de insolvência vocacionado para a observância do aludido prazo de dois anos.

Por tudo o que fica exposto se conclui que, mesmo que em processo de gestão ou liquidação da massa insolvente, a sociedade continua a ter de cumprir, através do respectivo liquidatário, com obrigações fiscais declarativas.

Face ao expendido, coloca-se, assim, a questão da legalidade/ilegalidade do acto de liquidação de IRC por inexistência de facto tributário, traduzido na alegação de total ausência de exercício de actividade e falta de obtenção de quaisquer rendimentos passíveis de tributação.

Como refere *CARDOSO DA COSTA*, “ *Curso de Direito Fiscal* “, 2ªed., 1972, pág. 126, “*frequentemente o legislador fiscal liga a obrigação do imposto à prática de actos, ao exercício de actividades e ao gozo de situações, que são disciplinadas enquanto tais pelo direito privado*”.

Nesses casos, o facto gerador do imposto deriva ou é pelo menos influenciado nos seus contornos pela celebração dum negócio jurídico de determinado tipo. E, assim, no douto ensinamento de *ALBERTO XAVIER*, “*Conceito e Natureza do Acto Tributário*”, p. 324, “*O facto tributável com ser facto típico, só existe como tal, desde que na realidade se verifiquem todos os pressupostos legalmente previstos que, por esta nova óptica, se convertem em elementos do próprio facto*”.

Ora, face à declaração de insolvência a prova da inexistência de actividade é de fácil obtenção.

Então qual o critério a utilizar para determinar a existência/inexistência de actividade?

Como ensina Fernando Olavo, in “Manual de Direito Comercial”, 1º-165 e 559:

Empresa comercial... “*em sentido subjectivo, não é mais do que o comerciante; em sentido objectivo, é a actividade que o comerciante exerce profissionalmente, servindo-se de uma organização de maior ou menor importância-o estabelecimento.*”

Empresa em sentido lato... “*é a actividade profissionalmente exercida e dispondo de organização em ordem à realização de fins de produção ou troca de bens e serviços*”.

Assim, é fundamentalmente a real natureza da actividade exercida pela insolvente capaz de gerar valores tributáveis, pois que ao direito fiscal importa sobretudo a real configuração das situações de facto, “*a realidade económica, a realidade de facto* “, “*a relação económica*” (conforme os Acs. S.T.A. de 23/7/1980 e de 11/3/1981, ADs. 227º-1310 e 236º, 237º-1 049).

Importa, pois, em primeiro plano, analisar a natureza da actividade exercida e se a mesma gerou lucro.

O Imposto, in casu o IRC, incide sobre os lucros das sociedades comerciais que exerçam, a título principal, uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola-conforme artº 3º, nº 1 a) do CIRC. E tem de presumir-se que a insolvente, como sociedade comercial que é, exerce uma daquelas actividades na medida em que ela é dotada de uma organização empresarial, tendo a seu cargo a realização de actividades de natureza marcadamente económica.

Assim, o pressuposto ou razão da existência de tal tributação, é a prática de uma actividade bem caracterizada geradora de rendimento, sendo da conjugação desse facto que a lei faz depender o surgimento da relação jurídica do imposto.

A obrigação tributária, por seu turno, surge com a prática do facto tributário definido na respectiva norma de incidência; é o facto tributário chamado - *Conforme Alberto Xavier "Manual de Direito Fiscal", págs. 247 e ss.*

E o lucro, na definição legal (artº 3º, nº 2 do CIRC) consiste na diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação, com as correcções estabelecidas no CIRC. Ou seja, o lucro abrange todos e quaisquer ganhos que traduzam um acréscimo de valor patrimonial e não apenas o fluxo regular de rendimentos ligados às categorias tradicionais da distribuição funcional. Donde que a determinação da base de incidência supõe, necessariamente, o desenvolvimento de uma actividade, pelo sujeito passivo, de natureza comercial com base numa estrutura empresarial.

É ponto assente, pois, que ao identificar a “comercialidade” da actividade da sociedade com base no carácter empresarial das operações económicas realizadas, o CIRC centra a qualificação a efectuar na noção de empresa como realidade jurídico -económica à qual é necessária a combinação de meios técnicos, humanos e financeiros com a finalidade de intervir na produção ou distribuição de bens ou serviços.

Ora, não existindo actividade da sociedade, não há volume de negócios algum.

Como se vê do artº 17º nº 1 do CIRC uma das componentes do lucro tributável é o resultado líquido do exercício expresso na contabilidade, sendo este resultado uma síntese de elementos positivos (proveitos ou ganhos) e elementos negativos (custos ou perdas).

Aliás, é imperativo constitucional que a tributação das empresas deverá incidir sobre o seu rendimento real (art. 104º, nº 2 da CRP), o que significa que a tributação tem de ser efectuada pelo rendimento real e efectivo;

O que quer dizer que o facto gerador, embora possa ser decomposto em outros factos igualmente relevantes, é assim considerado como uma realidade unitária na perspectiva da sua aptidão para fazer nascer a dívida fiscal.

E provada a inexistência de actividade o acto tributário não se verificou.

Com efeito, a justiça tributária alcança-se pela tributação de cada um, de acordo com a sua capacidade contributiva (artº106º, nº1 da CRP).

É claro, que o conceito de justiça, tal como o conceito de capacidade contributiva, por serem a transposição jurídica de axiomas éticos, não têm uma definição exacta e precisa, antes surgindo, como princípios orientadores do ordenamento jurídico tributário.

No caso das empresas, a sua capacidade contributiva é, na verdade, revelada fundamentalmente pelo seu **lucro real**, por opção legal e constitucional (conforme nº2 do artº104º da CRP).

Pelo que, apurando-se que no exercício a insolvente não exerceu qualquer actividade, estamos perante uma situação de inexistência de factos tributários, resultante da inactividade da insolvente, pelo que a liquidação oficiosa de imposto (IRC) apurada nestes termos não se poderá manter na ordem jurídica por respeito ao princípio da capacidade contributiva (artº 104º da CRP), interpretado no sentido de que as sociedades apenas devem ser tributadas quando têm rendimento e na exacta medida desse rendimento.

4. Liquidação vs Encerramento do Processo por insuficiência de massa: competência para o encerramento da empresa em termos fiscais

No quadro do CIRE, especificamente no respectivo Título XI referente ao “encerramento do processo”, há que atender aos seguintes normativos:

- a) Artigo 230.º Quando se encerra o processo;
- b) Artigo 232º - Encerramento por insuficiência da massa insolvente;
- c) Artigo 233.º - Efeitos do encerramento; e
- d) Artigo 234.º - Efeitos sobre sociedades comerciais.

À questão em apreço interessam-nos as situações contempladas nos n.ºs 3 e 4 do artigo 234.º, a saber:

“3. Com o registo do encerramento do processo após o rateio final, a sociedade considera-se extinta.

4. No caso de encerramento por insuficiência da massa, a liquidação da sociedade prossegue, nos termos gerais.”

Assim, prevê-se no n.º 3 a extinção da sociedade por via do encerramento do processo de insolvência, quando neste tenha tido lugar (no sentido de iniciado e completado até ao rateio final) a liquidação da massa insolvente.

O encerramento do processo concursal que, através do preenchimento total das fases de liquidação do património social e de pagamento, preenche os mesmos objectivos que, fora do quadro desse processo, seriam preenchidos pela observância dos passos previstos para a liquidação de uma sociedade comercial, nos artigos 146.º a 165.º do CSC, origina, segundo o n.º 3 do artigo 234.º do CIRE, a extinção da sociedade.

Já no que tange ao n.º 4 do artigo 234.º do CIRE, estão previstas as situações em que não ocorreram operações de liquidação no quadro do processo de insolvência, em função do encerramento (antecipado) deste por insuficiência da massa, quer essa situação de insuficiência decorra da situação prevista no artigo 39.º, n.º 1 do CIRE, quer essa insuficiência da massa seja supervenientemente detectada no decurso do processo concursal, nos termos do artigo 232.º do CIRE, ou seja, posteriormente à sentença de declaração de insolvência cujo objecto não se apresentava inicialmente limitado nos termos do artigo 39.º, n.ºs 1 e 7 do CIRE.

Nestas hipóteses, ou seja nas situações em que o processo, por o encerramento não ter passado por uma fase de liquidação ou não a ter completado, não implicou uma actividade relativamente ao património social que se possa considerar equivalente à que é pressuposta e concretizada nos artigos 146.º a 165.º do CSC (incluindo nesta a liquidação administrativa introduzida pelo DL 76-A/2006, de 29 de Março), o encerramento do processo não pode ter esse efeito existencial sobre a sociedade: será necessário, para alcançar esse resultado, recorrer, fora do processo de insolvência, aos mecanismos gerais aptos à produção desse efeito (extinguir a sociedade liquidando o seu património), sendo estes procedimentos os previstos na lei geral.

Ou seja, será necessário preencher todos os requisitos substanciais e procedimentais conducentes à extinção de uma sociedade comercial.

De notar que na redacção anterior à alteração introduzida pelo DL 76-A/2006, de 29/03, o nº4, do art. 234º do CIRE determinava que a liquidação prosseguisse “nos termos gerais”, ou seja, de acordo com as normas do Código das Sociedades Comerciais (Cfr. Luís. A. Carvalho Fernandes, in CIRE anotado, pág. 776).

Diferente era o anterior regime do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e Falência (art. 187º), que determinava que, perante a verificação da insuficiência dos bens apreendidos para satisfação das custas e mais despesas do processo, se procedia à imediata liquidação dos bens apreendidos, destinando-se o produto da liquidação ao pagamento das custas e despesas de administração.

Certamente que para evitar que o património existente seja desviado para o pagamento de dívidas da massa, nada vindo a restar para pagamento das dívidas da insolvência – finalidade do processo (Cfr. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, in Direito da Insolvência, pág. 297) – a lei optou pelo encerramento, mas talvez considerando a possibilidade de em sede de liquidação administrativa, os encargos do procedimento poderem não esgotar o activo existente, associada à competência para o registo do encerramento da liquidação, determina que a liquidação prossiga nessa sede. Só assim se explica que não seja o juiz a declarar logo o encerramento da liquidação.

Importa salientar que a previsão legal contempla apenas duas hipóteses: imediato encerramento da liquidação e encerramento da liquidação diferido para o final do procedimento administrativo que, recebida a comunicação do tribunal, tenha prosseguido, como a nomeação de um ou mais liquidatários (arts. 15º, nº5 e 24º, nº 6 do RJPADLEC). O encerramento da sociedade é o único resultado visado por lei, com o consequente registo e extinção da sociedade.

Está, assim, legalmente afastada a possibilidade de o Conservador deixar de declarar imediatamente o encerramento sem prosseguir com o procedimento de liquidação, com a designação de liquidatário(s).

A lei tomou como mais favorável para os sócios e para os credores não prosseguir com uma liquidação que terminaria necessariamente na afectação do activo restante ao pagamento dos encargos do processo – e apenas de parte deles -, nada sobejando para pagar a credores e/ou partilhar pelos sócios.

Se relativamente à opção do CIRE, de encerramento do processo de insolvência, é adequado falar de inutilidade do prosseguimento, tendo em atenção a respectiva finalidade, quanto à opção do RJPADLEC, pode dizer-se que tem como razão de ser a ponderação dos interesses de sócios e credores.

É neste sentido que Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, anotando o artigo 39º do CIRE, afirmam que “quando é declarada a insolvência de uma pessoa colectiva e o processo segue o que pode considerar-se o curso típico normal, não resta dúvida de que a respectiva dissolução e extinção é uma decorrência necessária deste processo.

Em face, porém, do que determina o nº 7 do artigo 39º, quando a sentença declaratória de insolvência segue a forma simplificada aqui prevista e assim transita em julgado, o processo não deixa de ser, por si só, insuficiente, para concretizar a liquidação da pessoa colectiva atingida, a qual é promovida oficiosamente pelo conservador do registo comercial competente, de acordo com as disposições combinadas do nº 4 do artigo 234º do CIRE e do artigo 15º, nº 5, alínea g), do regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e liquidação de entidades comerciais, que constitui o Anexo III do Decreto-Lei nº 76-A/2006, de 29 de Março.”

O artigo 141º, do CSC, sob a epígrafe, “Casos de dissolução imediata”, refere no nº 1, alínea e), que “A sociedade se dissolve nos casos previstos no contrato e ainda pela declaração de insolvência da sociedade.”

“A sociedade dissolvida entra imediatamente em liquidação” artigo 146º n.º 1 do mesmo diploma, sendo que “A sociedade em liquidação mantém a personalidade jurídica” n.º 2 deste normativo.

Dispõe, ainda. o art. 160.º n.º 2 do mesmo diploma que “A sociedade se considera extinta, mesmo entre os sócios, e sem prejuízo do disposto nos art. 162.º a 164.º do Código das Sociedades Comerciais, pelo registo do encerramento da liquidação”.

Assim, a dissolução da sociedade não equivale à sua extinção.

A sociedade, como relação e como pessoa colectiva, não se extingue pela dissolução, sendo necessário que outros factos jurídicos se produzam para que a extinção se verifique.

No caso de a sociedade estar dissolvida mas não extinta, por não estar encerrada a sua liquidação, a sociedade goza de personalidade jurídica, de personalidade judiciária e de capacidade judiciária (n.º 2 do art.º 5º e 9 n.º 1 e 2 do CPC), mantendo intactas a sua personalidade e a sua capacidade judiciárias.

O DL 76-A/2006 de 29/03, no seu artigo 1º, nº3 e anexo III, estabelece regras para que, designadamente, as entidades comerciais que já não têm existência real ou que não cumprem as regras do CSC, sejam extintas.

Assim, na secção III – procedimento administrativo da liquidação - artigo 15º, nº5, al. g), refere-se que “o procedimento administrativo de liquidação é instaurado oficiosamente pelo conservador, mediante auto que especifique as circunstâncias que determinaram a instauração do procedimento e no qual nomeie um ou mais liquidatários, quando:

g) o tribunal que decidiu o encerramento de um processo de insolvência por insuficiência da massa insolvente tenha comunicado esse encerramento ao serviço do registo competente, nos termos do artigo 234º, nº4 do CIRE.”

Como supra se referiu, a insuficiência da massa insolvente, no caso de insolvência de uma sociedade comercial, pode ser constatada na própria declaração de insolvência, nos termos do artigo 39º do CIRE, ou, após esta, na subsequente tramitação do processo concursal, neste último caso nos termos do artigo 232º do CIRE.

Em ambos os casos ocorre o encerramento do processo, sem que se proceda à liquidação do património social.

No caso de encerramento do processo por insuficiência da massa, nos termos do nº 4 do artigo 234º do CIRE, o encerramento do processo concursal não corresponde à extinção da sociedade insolvente, devendo a liquidação da mesma ter lugar (fora desse processo) através do procedimento administrativo de dissolução e de liquidação de entidades comerciais, previsto no Anexo III ao Decreto-Lei nº 76-A/2006, de 29 de Março. Tal significa que neste caso só com o registo do encerramento da liquidação a sociedade fica extinta (art.160ºnº2 do Código das Sociedades Comerciais).

Efectuado o registo de encerramento da liquidação, com a consequente extinção da sociedade, é aplicável ao activo e passivo restantes o regime previsto nos arts. 163º e 164º do CSC para as situações de superveniência de activo e passivo.

Com efeito, determinando a lei que, em face da verificação da insuficiência do activo existente para suportar os encargos com o procedimento, seja de imediato encerrada a liquidação, é manifesto que a subsistência de bens por partilhar é uma situação que resulta da própria lei.

A definição da situação jurídica em que ficam aqueles bens, em resultado da extinção da sociedade, é naturalmente determinada pelo direito substantivo, ou seja pelo CSC, e não pelo RJPADLEC.

É certo que, ao contrário do que consta da letra do nº1, do referido art. 164º (“Verificando-se, depois de encerrada a liquidação e extinta a sociedade, a existência de bens não partilhados”), não se está perante uma verificação (de existência de activo não partilhado) posterior ao encerramento da liquidação, mas o elemento racional aponta claramente no sentido da aplicação daquele regime.

Ora, de acordo com o CSC, a extinção da sociedade não tem como efeito a transformação dos bens do activo em *res nullius*.

No âmbito de uma abordagem aprofundada da situação de activo e passivo superveniente, nomeadamente no plano dogmático, escreve Raúl Ventura, in *Liquidação e Dissolução de Sociedades*, págs. 479 e 480:

“Perante os preceitos do CSC que hoje disciplinam o activo e o passivo superveniente, não há que partir de concepções dogmáticas para chegar a soluções concretas, mas sim enquadrar aqueles preceitos numa explicação dogmática adequada:

Expressamente estabelecida na lei a responsabilidade dos sócios, em certa medida, pelas dívidas da sociedade e a titularidade dos sócios nos bens sociais, uns e outros não incluídos na liquidação, ficam afastadas teorias que, por qualquer processo técnico – jurídico, concluam ou pela cessação de qualquer titularidade ou que atribuam esta à sociedade. Há apenas que explicar *como e porquê* desses débitos, bens, créditos terem como sujeito a sociedade passarem a ser encabeçados nos sócios.

O *como* não pode deixar de ser uma sucessão (...);

O *porquê*, é em primeiro lugar intuitivo; desaparecida a sociedade-sujeito e mantidos os direitos da sociedade ou contra esta, só os sócios podem ser os titulares desse activo e passivo. A explicação jurídica dessa intuição reside na extensão do direito de cada sócio relativamente ao património ex-social. Os sócios têm direito ao saldo da liquidação, distribuído pela partilha. Se tiverem recebido mais do que era seu direito, porque há débitos sociais insatisfeitos, terão de os satisfazer; se tiverem recebido menos, porque não foram partilhados bens sociais, terão direito a eles.”

Encerrado que é, por imposição da lei, o procedimento administrativo de liquidação, e atendendo à situação jurídica que para os bens resulta da extinção da sociedade, o destino

desses bens há-de ser aquele que vier a ser decido no âmbito do procedimento extrajudicial previsto no CSC, ou seja, segundo o regime geral dos procedimentos de liquidação, em relação ao qual os regimes constantes do CIRE e do RJPADLEC constituem regimes especiais.

Mesmo que se entendesse que nos encontrávamos confrontados com uma lacuna, chegaríamos à conclusão que seria de aplicar o mesmo mencionado regime, por aplicação analógica, considerando precedentes as razões justificativas da regulamentação do caso de activo superveniente (art. 10º, nº2 do CC), ao invés de interpretar ab-rogativamente o mencionado, nº6, do art. 24º no sentido de que haverá sempre lugar ao prosseguimento do procedimento de liquidação.

Só em caso extremo, de contradição insanável entre duas disposições legais – cfr. João Batista Machado, *in* Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, pág. 186 – é admissível a interpretação abrogante, sob pena de postergação do regime legal de interpretação da lei (cfr. art. 9º do CC).

Mesmo que se considerasse não ser possível o recurso àquela analogia, a solução prevista na lei para o caso de integração de lacuna legal, em falta de caso análogo, traduzir-se-ia em aplicar norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema (art. 10º, nº3 do CC) e não em sacrificar a disposição legal que, pelo regime que instituiu, tivesse sido “causadora” de lacuna quanto à regulação de algum ponto desse regime.

Esclarecida a questão da necessidade de recorrer ao procedimento administrativo de dissolução/liquidação administrativa no caso de encerramento do processo de insolvência por insuficiência de massa, coloca-se a questão de saber a quem compete proceder a essa liquidação se ao Administrador de Insolvência se ao gerente/administrador.

Ou seja, constituindo a cessação de funções do administrador de insolvência um dos efeitos do encerramento do processo de insolvência (art. 233º, nº1º, al. b)) e não prosseguindo o processo administrativo de liquidação, não havendo, assim, designação de liquidatário(s), cabe nesta sede saber a quem compete proceder a essa liquidação se ao Administrador de Insolvência se ao gerente/administrador.

Como é consabido a declaração de insolvência priva o insolvente, por si ou pelos seus administradores, dos poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente, que passam a competir ao administrador da insolvência (art.º 81 do CIRE), ou seja, com a declaração de insolvência abre-se uma nova fase na vida da sociedade – a sua

liquidação – competindo ao administrador da insolvência os poderes de administração e de disposição dos bens integrantes da massa insolvente, incluindo os de representação para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência (art.º 81 n.º 4 do CIRE); esta representação, como resulta daquela disposição, circunscreve-se aos aspetos de natureza patrimonial que interessem à insolvência, o que equivale a dizer que relativamente aos demais, em tudo o que extravase aqueles, a representação da sociedade (em liquidação, mas não extinta) caberá ao seu gerente, *ex vi* art.º 252 n.º 1 do CSC.

Quer isto significar que numa primeira fase (após a declaração de insolvência) apesar de ainda não se ter apurado se o devedor é ou não responsável pela situação de insolvência, atenta a desconfiança existente na capacidade de administração (ou dos seus órgãos sociais), o legislador optou por, em regra, transferir os poderes de administração e gestão da massa insolvente para alguém imparcial e especialmente capacitado para o efeito, o Administrador de Insolvência.

Assim, e como refere o n.º 4 do artigo 81.º do CIRE, o Administrador de Insolvência assumirá a representação do devedor em todos os assuntos com carácter patrimonial que importem à insolvência.

O Administrador de Insolvência concentrará assim todas as funções relativas à gestão da massa insolvente, exercendo-as pessoalmente, nos termos do n.º 2 do artigo 55.º do CIRE, podendo ser coadjuvado pela comissão de credores (n.º 1 do artigo 55.º do CIRE) e, sob sua responsabilidade, por técnicos ou outros auxiliares, incluindo o próprio devedor (este mediante prévia concordância da comissão de credores, ou, na falta desta, do juiz - n.º 3 do artigo 55.º do CIRE).

No entanto, como prevê o artigo 81.º do CIRE, nem sempre a administração e disposição da massa insolvente fica a cargo do Administrador, podendo o devedor, nos termos dos artigos 223.º a 229.º do CIRE, manter estas funções após a declaração de insolvência.

O legislador, contudo, não esclareceu devidamente o âmbito dos poderes do devedor no exercício da administração da massa, limitando-se a referir no n.º 5 do artigo 226.º do CIRE que “incumbe ao devedor exercer os poderes conferidos pelo Capítulo III do Título IV ao administrador da insolvência, mas só este pode resolver atos em benefício da massa insolvente”.

Ora, da análise do referido capítulo, verificamos que nenhuma das normas nele constantes se referem às funções do administrador. Julgamos, contudo, que terá o devedor os

mesmos poderes que são concedidos ao Administrador de Insolvência na administração da massa, com exceção dos referidos atos de resolução.

Nos termos do artigo 226.º do CIRE, a administração da massa insolvente pelo devedor é fiscalizada pelo Administrador de Insolvência.

Os atos, assim, praticados pelo devedor são eficazes, mesmo aqueles que, nos termos do n.º 2 do artigo 226.º do CIRE, não deveriam ter sido praticados sem consentimento do Administrador de Insolvência ou aos quais este se opôs.

Coloca-se, pois, a questão da competência para o cumprimento das obrigações fiscais após a declaração de insolvência.

Deste modo, sendo a administração e gestão da massa insolvente transferida para o Administrador de Insolvência incumbe-lhe o cumprimento, das obrigações tributárias exigíveis após a declaração de insolvência pelos bens compreendidos na massa.

Este, contudo, não parece ser o entendimento da AT. Veja-se, por exemplo, a informação vinculativa nº 2011486, na qual se entendeu que “as colectas de IMI que venham a ser devidas e que se vençam em data posterior à declaração de insolvência são da responsabilidade do insolvente, tanto mais que este se mantém na titularidade dos prédios integrados na massa insolvente, embora privado dos correspondentes poderes de administração e de disposição”, ou seja, com a sentença e declaração de insolvência e a consequente apreensão dos prédios a favor da massa insolvente, não há mudança de sujeito passivo do IMI.

Porém, salvo melhor opinião, não nos parece ser este o entendimento mais correto. De facto, o sujeito passivo do imposto continua a ser o devedor (tal como acontece, p. ex., relativamente a uma fatura emitida em seu nome, ao acordo de pagamentos ou a um contrato de empréstimo). Contudo, como já referido, a declaração de insolvência priva o insolvente dos poderes de administração e de disposição de bens, assumindo o Administrador de Insolvência a representação do devedor para todos os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência. Assim, por exemplo, os débitos derivados das obrigações tributárias verificadas após a declaração de insolvência são considerados dívidas da massa que, como prevê o artigo 172.º do CIRE, devem ser satisfeitas, nas datas dos seus vencimentos, pelo Administrador de Insolvência. Pelo que, por identidade de razões, deve este órgão da insolvência responsabilizar-se pelo cumprimento das obrigações tributárias.

Aliás, é neste sentido que dispõe o n.º 10 do artigo 117.º do CIRC, ao determinar que todas “as obrigações declarativas que ocorram posteriormente à dissolução são da responsabilidade dos respetivos liquidatários ou do administrador de insolvência”.

Só não será assim quando a administração da massa couber ao devedor, já que a posição do Administrador de Insolvência se limita aqui, como descrevemos, à fiscalização da atividade do devedor. Assim, deverá ser este a assumir a responsabilidade de cumprimento de todas as obrigações fiscais. Este entendimento foi, aliás, confirmado no CIRE, com a alteração operada ao artigo 65.º pela Lei n.º 16/2012 de 20 de Abril. O legislador veio esclarecer, nos novos n.ºs 4 e 5, que o cumprimento das obrigações fiscais surgidas desde a declaração de insolvência até à deliberação pelo encerramento da sociedade e liquidação da massa insolvente ou caso se opte pela manutenção da empresa em atividade caberão a quem tiver sido conferida a administração do insolvente.

Deste modo, ocorrendo o encerramento do processo nos termos do art. 232º do CIRE, prevê o nº4 do art. 234º daquele diploma que “a liquidação da sociedade prossegue nos termos do regime jurídico dos procedimentos de liquidação e de liquidação de entidades comerciais”.

Pelo que, sendo um dos efeitos do encerramento do processo por insuficiência de massa a recuperação pelo devedor do direito de disposição dos bens e a livre gestão dos negócios, cabe ao devedor e não ao AI, a competente instrução do procedimento de dissolução e liquidação da sociedade devedora e, consequente, extinção da sociedade em termos fiscais.

CONCLUSÃO:

A declaração de insolvência não surge como causa de extinção das obrigações tributárias. Com efeito, declarada a insolvência da sociedade tal determina a dissolução da sociedade mas não a sua extinção que apenas se verificará com o registo do encerramento definitivo da liquidação. Assim, acolhemos a posição da jurisprudência, entendendo que a sociedade mantém a sua personalidade jurídica e, consequentemente, a sua personalidade tributária, pelo que se mantém a sociedade insolvente também vinculada ao cumprimento de obrigações tributárias.

No que concerne, ao cumprimento das obrigações tributárias exigíveis após a declaração de insolvência caberá àquele que mantiver os poderes de representação da entidade insolvente (o Administrador de Insolvência ou o devedor).

Com o presente trabalho procurou-se proporcionar a reflexão sobre uma temática actual – a insolvência- enquanto realidade fiscal, interpretando e esclarecendo as disposições legais (da insolvência e fiscais), cuja interpretação se põe no quotidiano jurídico e que ainda não foram resolvidas, em definitivo, nem pela doutrina e nem pela jurisprudência.

Abrem-se, assim, pistas de resolução à caracterização do insolvente enquanto sujeito passivo de imposto e a, consequente, continuidade do cumprimento das obrigações tributárias; da validade das liquidações oficiosas efectuadas por reporte à estimativa de dados fiscais em caso de inactividade da sociedade e a tríplice realidade da liquidação da sociedade (societária, fiscal e da insolvência) em caso de encerramento do processo de insolvência por insuficiência de massa.

Espera-se com este trabalho, ser mais um suporte ao estudo de todos aqueles que nas mais diversas áreas do saber, em especial no campo jurídico, quotidianamente se debatem com estas e outras e questões.

A responsabilidade tributária do administrador judicial

António Peixoto Araújo

Solicitador

Maria João Pimentel Felgueiras Machado

ESTGF/IPP

Sumário: I. Introdução; II. Responsabilidade tributária; III. Normas jurídicas; IV. O CIRE; V. O estatuto do administrador judicial; VI. A posição da Autoridade Tributária; VII. Jurisprudência; VIII. A reforma do CIRE em 2012; IX. Conclusão.

I. Introdução

A responsabilidade tributária do administrador judicial (AJ) em sede de insolvência é, actualmente, um tema controverso.

A discórdia existente entre a Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) e a classe profissional dos administradores judiciais é relativa às obrigações fiscais a cumprir durante um processo de insolvência e assenta no entendimento da AT de que é sobre o AJ que impendem tais obrigações, como fez saber através de um ofício em 2005 e de uma circular em 2010, em que tomou posição, designadamente em matéria de IRC e de IVA, no sentido de não abdicar do cumprimento das obrigações declarativas e fiscais do devedor insolvente, através do AJ.

Por outro lado, o CIRE, em várias disposições, refere-se à responsabilidade tributária do AJ.

Assistimos, assim, a uma cada vez maior responsabilização deste órgão da insolvência.

II. Responsabilidade tributária

Para José Manuel Teixeira, ao AJ estão cometidas todas as responsabilidades que podem ser assacadas aos liquidatários das sociedades comerciais que, por iniciativa dos seus sócios, decidem dissolver a sociedade. Ou seja, ao ser nomeado num processo de insolvência, o AJ assume não só as funções e responsabilidades que o seu Estatuto e o CIRE lhe impõem, mas também as que cabem aos liquidatários incumbidos da liquidação de uma sociedade comercial, após dissolução por vontade dos seus titulares.

Este autor entende que *a declaração de insolvência de uma sociedade comercial é causa imediata de dissolução mas a dissolução não causa a sua imediata extinção antes implica um estágio intermédio que é a sua liquidação e a sua extinção fica concluída com o registo e encerramento da liquidação*¹.

A este propósito, Joaquim Alexandre Silva² refere que a personalidade jurídica da insolvente após a dissolução, nos casos em que esta tenha por motivo a declaração de insolvência, não é posta em causa pela particular situação jurídica delineada no CIRE, já que as inibições ou limitações que tal declaração impõe não têm consequências nesse plano.

III. Normas jurídicas

De seguida, vamos referir-nos às normas jurídicas que encerram a responsabilidade tributária do AJ. Para isso, abordaremos o CIRE, o Estatuto do AJ, um ofício³ e uma circular⁴ da AT, a posição da Associação Portuguesa dos Administradores Judiciais (APAJ) e dois acórdãos, um do Tribunal Central Administrativo do Norte (TCAN)⁵ e outro do Supremo Tribunal Administrativo (STA)⁶.

Ademais, é de referir que o processo de insolvência perpassa todo o ordenamento tributário, desde a Lei Geral Tributária, mormente, o seu artigo 30º/3, que com a redação dada pela Lei Geral do Orçamento para 2011, deixaram de poder ser, a partir de 01/01/2011, homologados planos de insolvência que afectem os créditos da Segurança Social e os créditos fiscais, aos códigos dos impostos sobre o rendimento, ao procedimento e processo tributário; além disso, há que contar com doutrina a propósito da aplicação das normas tributárias pelos administradores judiciais, no que respeita a obrigações acessórias.

IV. O CIRE

¹ Cfr. TEIXEIRA, José Manuel – *Formação segmentada curso SEG2610 processo de insolvência*. Lisboa. OTOC – Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, 2010, p. 104 e 107-108.

² Cfr. SILVA, Joaquim Alexandre – *IRC/2012 – Determinação da matéria colectável e cálculo do imposto*. Maia. APECA – Associação Portuguesa das Empresas de Contabilidade e Administração, 2013, p. 189.

³ Cfr. Ofício sem n.º, processo n.º 523/2005, da Divisão de Concepção, da Direcção de Serviços do IRC, em anexo a este trabalho.

⁴ Cfr. Circular n.º 1/2010, de 2 de Fevereiro, das Direcções de Serviços do IRC e do IVA.

⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, processo n.º 994/10.8BEAVR, de 13-01-2011, publicado em www.dgsi.pt.

⁶ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, relator: Dulce Ponte, processo n.º 01145/09, de 24-02-2011, publicado em www.dgsi.pt.

Este diploma, pelo menos em oito dos seus artigos, refere-se à responsabilidade tributária do AJ.

O artigo 13º confere às entidades públicas titulares de créditos sobre um insolvente o direito a representação pelo Ministério Público (MP). Assim, o MP, depois da declaração de insolvência, é notificado para reclamar, no processo de insolvência, os créditos do Estado. Nesses créditos estão, naturalmente, os tributários (impostos, contribuições, taxas, entre outros).

O artigo 51º caracteriza o que são dívidas da massa insolvente e a sua alínea d) refere as *resultantes da actuação do administrador da insolvência no exercício das suas funções*. Ora, a nosso ver, aqui se incluem, por exemplo, o IVA da venda de bens da massa e contribuições para a segurança social, quando o AJ decida manter algum trabalhador da insolvente em funções ou, até, no caso de contratar novos.

No mesmo sentido Carvalho Fernandes e João Labareda⁷ afirmam que em certos processos de insolvência se mantém a entidade em exercício empresarial e, por consequência, *todas as dívidas de funcionamento da empresa nascidas no período posterior à declaração de insolvência – dívidas laborais, fiscais, previdenciais, bancárias, de fornecimento, etc. - , por serem consideradas dívidas da massa insolvente (...)*.

A ser assim, cremos que, se são dívidas da massa insolvente, são, também, da responsabilidade do AJ.

Silva Vieira⁸, a propósito da nova redacção do artigo 59º, refere que a *nova lei clarifica que os administradores da insolvência não podem ser responsabilizados por factos ocorridos antes da declaração de insolvência e, concomitantemente, da sua nomeação*. Ora, assim sendo, parece-nos que o legislador quis delimitar, também, a responsabilidade tributária do AJ pelo que apenas os actos praticados após a declaração de insolvência serão passíveis de tal responsabilização.

Por sua vez, com a nova redacção introduzida pela reforma do CIRE em 2012 (L 16/2012, de 20 de Abril), o artigo 65º, nº 2, traz uma novidade relevante ao determinar que, com a deliberação, pela assembleia de credores, de encerramento da actividade do estabelecimento, se extinguem todas as obrigações declarativas e fiscais.

⁷ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, (Reimpressão). Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 239.

⁸ Cfr. VIEIRA, Nuno da Costa Silva – *Insolvência e processo de revitalização*. Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 22.

Porém, de acordo com a jurisprudência e com o entendimento que a AT tem sobre obrigações declarativas e fiscais em caso de insolvência, a que nos vamos referir mais adiante, não vislumbramos como é que a AT vai “acomodar” esta nova norma jurídica para que dela não resultem menos receitas fiscais que as que resultariam antes da alteração da sua redacção.

Já o artigo 92º refere-se a dívidas de impostos e de contribuições para a segurança social, que tenham um plano de regularização em curso, para estabelecer que estas se vencem imediatamente com a declaração de insolvência.

Quanto ao artigo 267º, vem considerar como dívidas da massa todos os dispêndios com os emolumentos de registos de despachos ou de sentenças. Logo, como está bom de ver, da responsabilidade do AJ.

O artigo 268º cria os benefícios relativos a impostos sobre o rendimento de pessoas singulares e colectivas, através da não tributação em imposto sobre o rendimento de pessoas singulares (IRS) ou colectivas (IRC) para: i) mais-valias realizadas por efeito da dação em pagamento e ii) variações patrimoniais positivas resultantes das alterações das dívidas previstas num plano de insolvência ou plano de pagamentos.

Ora, por exclusão de partes, todos os demais actos jurídicos estão, então, sujeitos quer a IRS quer a IRC, consoante se trate de pessoas singulares ou colectivas. Equivale por dizer que, na nossa opinião, são da responsabilidade do AJ estes impostos advenientes de actos por si praticados após a declaração de insolvência.

Depois é o artigo 269º que estabelece o benefício em sede de imposto do selo (IS). Desta feita, isenta de tributação certos actos jurídicos praticados no âmbito de planos de insolvência e de pagamentos ou ainda os levados a cabo para a liquidação da massa insolvente. Tendo em conta que esta norma elenca quais são esses actos (referindo-se a um conjunto muito pequeno) vale por dizer que outros haverá que estão sujeitos a este imposto e, por consequência, sob a responsabilidade, mais uma vez, do AJ.

Por último, o artigo 270º, que faz operar um benefício relativo ao imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis (IMT) desde que integradas num plano de insolvência ou de pagamentos, vem referir, taxativamente, os actos jurídicos de transmissão, isentos de imposto, confinados, apenas, à transmissão de imóveis para três situações específicas: i) constituição de nova sociedade ou sociedades e à realização do seu capital; ii) aumento de capital da sociedade insolvente e iii) dação em cumprimento de bens da empresa e cessão de bens aos credores.

Portanto, tal como nos impostos supra citados, também no IMT não faltarão actos jurídicos de transmissão onerosa de imóveis sujeitos a tributação pelos quais, igualmente, responde o AJ em sede de responsabilidade tributária.

Posto isto, e como o CIRE nada diz quanto ao IVA, parece ser de concluir que nessa sede inexistente qualquer benefício, de tal sorte que a maioria das operações praticadas no âmbito da administração da massa insolvente estarão sujeitas ao regime normal do IVA. Assim, sempre que o AJ proceda à venda de um bem móvel integrante da massa insolvente, terá de liquidar, cobrar e entregar nos cofres do Estado o imposto respectivo. Logo, parecem não restar dúvidas que ao AJ pode vir a ser assacada responsabilidade tributária caso se verifique incumprimento no âmbito deste imposto.

Para lá do IVA, pensamos que o mesmo princípio se aplica a outros impostos, contribuições, taxas, emolumentos, coimas, entre outros.

É o caso, por exemplo, das contribuições para a segurança social, para citar uma situação que pensamos ocorrer mais vezes, porquanto pode ser deliberado, pela assembleia de credores, continuar com a laboração da empresa e, por inerência, com os trabalhadores em funções, ou parte deles, o que impõe, naturalmente, que todos os meses sejam pagas as respectivas contribuições.

V. O estatuto do administrador judicial

Referência, agora, ao novo Estatuto do AJ de 2013, que no seu artigo 12º - *deveres* - nada refere sobre obrigações tributárias a cumprir pelo AJ. Ademais, nada consta do Estatuto sobre matéria tão importante. Seria espectável, quanto a nós, que o legislador estabelecesse regras de responsabilização tributária bem como fronteiras sobre como, quando e porquê o AJ é chamado a responder por incumprimento tributário.

VI. A posição da Autoridade Tributária

A posição da AT, no que concerne à actuação e responsabilização do AJ, no âmbito do processo de insolvência, resulta clara em dois documentos.

O primeiro é um ofício⁹ sobre *Obrigações do administrador da insolvência* em sede de IRC, do qual passamos a transcrever alguns parágrafos que nos parecem sintetizar o objecto

⁹ Cfr. ofício sem n.º, processo n.º 523/2005, da Divisão de Concepção, da Direcção de Serviços do IRC.

desta comunicação do Fisco: *Entende-se que o facto de a sociedade ser declarada insolvente não obsta a que se mantenham, com as necessárias adaptações e em tudo que não for incompatível com o regime processual de liquidação, as disposições que regem as sociedades não dissolvidas, visto que se mantém a personalidade jurídica, nos termos do n.º 2 do artigo 160º do Código das Sociedades Comerciais (...). A liquidação no processo de insolvência substitui a liquidação nos termos gerais, mas não deixa de consubstanciar uma operação (ou conjunto de operações) que visa a liquidação do património, no caso de insolvência em benefício dos credores e nos outros casos em benefício dos sócios. Assim sendo, bem se percebe que o Código do IRC não faça distinção quanto ao regime aplicável às sociedades declaradas insolventes (...). Verificada, pois, a continuidade da sua qualidade de sujeito passivo de IRC, nos termos do artigo 2º do respectivo Código, deverá ser mantida, à luz do n.º 1 do artigo 115º, contabilidade organizada conforme a lei comercial e fiscal, embora com a derrogação de alguns princípios contabilísticos, como, por exemplo, o da “Continuidade” ou o da “Especialização do exercício”. Inerente à contabilidade organizada, está a obrigatoriedade de dispor de um Técnico Oficial de Contas, parecendo que a sua falta pode ser colmatada, a pedido do administrador da insolvência, junto do Juiz, de acordo com o artigo 6º, n.º 2, alínea b) do Estatuto da Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, aprovado pelo Dec. Lei n.º 452/1999, de 5.II, o qual atribui aos TOC, entre outras competências, as de perito nomeado pelos Tribunais ou outras entidades públicas ou privadas. Inexistindo, pois, qualquer excepção prevista na lei, mantêm-se todas as obrigações, designadamente as declarativas, sendo a sua responsabilidade dos respectivos administradores da insolvência, nos termos do n.º 9 do artigo 109º do Código do IRC, que, aliás, expressamente o refere.*

Quanto ao segundo documento, trata-se da circular n.º 1/2010, de 2 de Fevereiro, das Direcções de Serviços do IRC e do IVA, sobre obrigações fiscais em caso de insolvência.

Se atentarmos no seu conteúdo, vemos que a AT não abdica do cumprimento das obrigações declarativas e fiscais do devedor insolvente e não prescinde, também, desse cumprimento através do AJ. Com efeito, vem através desta circular dizer:

I- *Da declaração de insolvência*

(...) a declaração de insolvência é causa imediata de dissolução da sociedade, entrando esta, por força do n.º 1 do artigo 146º do CSC, em fase de liquidação.

(...) que o n.º 2 do artigo 146º do CSC estabeleça que “a sociedade em liquidação mantém a personalidade jurídica (...)

A personalidade tributária da insolvente, tal como definida no artigo 15º da Lei Geral Tributária (LGT), não é afectada pela declaração de insolvência, porquanto, inerente ao respectivo processo de liquidação, está a realização de operações abrangidas pelo campo de incidência do imposto sobre o rendimento das Pessoas Colectivas (IRC) e do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA).

II- Das obrigações em sede de IRC

(...) com os artigos 117º a 125º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC) resulta, para as pessoas colectivas em situação de insolvência, o cumprimento de obrigações em sede de IRC, designadamente: proceder à liquidação e ao pagamento do imposto (...); apresentar (...) declaração com as alterações verificadas, aditando-se, nomeadamente, à designação social “sociedade em liquidação” ou simplesmente, “em liquidação”, conforme decorre do n.º 3 do artigo 146º do CSC. Esta declaração deve conter obrigatoriamente a identificação / assinatura do respectivo técnico oficial de contas (TOC); submeter, por transmissão electrónica de dados, (...) a declaração periódica de rendimentos a que se refere a alínea b) do artigo 117º, a qual deve conter a identificação do TOC; submeter (...) a declaração anual de informação contabilística e fiscal a que se refere a alínea c) do artigo 117º, com a identificação do TOC.

Estas e as demais obrigações declarativas previstas no Código do IRC são da responsabilidade do administrador da insolvência, conforme decorre expressamente do n.º 10 do artigo 117º do referido código (...)

Nos termos e condições referidas no artigo 123º do CIRC é obrigatório dispor de contabilidade organizada nos termos da lei comercial e fiscal.

III- Das obrigações em sede de IVA

(...) Emitir (...) factura ou documento equivalente por cada transmissão de bens ou prestação de serviços (...); proceder ao correcto apuramento do imposto em cada um dos períodos de tributação (...); proceder, nos períodos de tributação em que tenha sido apurado imposto a favor do Estado, ao pagamento do imposto que se mostrar devido (...); cumprir, na forma e prazos definidos na lei, as demais obrigações declarativas previstas no CIVA; dispor de contabilidade adequada ao apuramento e fiscalização do imposto (...); na circunstância de no decurso do procedimento de insolvência, se prever, em sede de plano de insolvência, a

manutenção em actividade da empresa, (...) submeter, nos termos do artigo 32º do CIVA, uma declaração de alterações contendo: a retirada à designação social do devedor da menção “sociedade em liquidação” ou simplesmente “em liquidação”(...); a adopção de qualquer providência a que alude o artigo 198º do CIRE; a identificação/assinatura do técnico oficial de contas (TOC).

Esta tomada de posição da AT causou incómodo no seio da classe profissional dos administradores judiciais, de tal sorte que a APAJ intentou uma providência cautelar de suspensão de eficácia do acto administrativo de sancionamento de instruções (constantes da circular 1/2010, de 2 de Fevereiro), contra o Ministério das Finanças, para que ela fosse suspensa.

Não logrou, porém, tal desiderato, pois o Tribunal Central Administrativo do Norte¹⁰ veio, em 13-01-2011, proferir acórdão no sentido de recusa do pretendido com a referida providência cautelar. Refere o Tribunal que a APAJ alegou, em síntese, *que ressalta do conteúdo da circular n.º 1/2010, um conjunto de deveres impostos pela Administração Fiscal aos Administradores de Insolvência, (...) cumprirem determinadas obrigações de índole fiscal no tocante à administração da massa insolvente; que tais obrigações impostas pela Administração Fiscal não decorrem de qualquer norma legal prevista no Código da Insolvência; que decorrente da entrada em vigor da Circular, muitos Serviços de Finanças estão a imputar responsabilidade subsidiária tributária aos Administradores de Insolvência, pelas dívidas fiscais da, massa insolvente, baseando-se nos termos do artigo 24º da Lei Geral Tributária (LGT) e artigo 8º do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT); que a lei falimentar e a lei fiscal portuguesa não imputam responsabilidade subsidiária tributária aos Administradores da Insolvência, pelo não cumprimento de obrigações fiscais contraídas pelo insolvente, pelo que o comportamento da Administração Fiscal, depois da entrada em vigor da circular n.º 1/2010 tem sido ofensivo dos interesses dos Administradores da Insolvência, por ser ilegal, injusto e incompreensível. (...) por as normas/orientações inseridas na Circular n.º 1/2010 criarem um conjunto de obrigações para os Administradores da Insolvência que conduzem a um “ataque” ao acesso à profissão.*

¹⁰ Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, processo n.º 994/10.8BEAVR, de 13-01-2011, publicado em www.dgsi.pt.

Para recusar a providência cautelar, o Tribunal veio alegar que *o acto impugnado sancionou instruções enunciadas no ponto 5.1 do relatório de um grupo de trabalho sobre as obrigações fiscais em caso de insolvência, determinando a sua divulgação pelos serviços.*

Trata-se manifestamente de um acto interno porque sanciona orientações para os serviços, com vista à uniformização da interpretação da lei respeitante às obrigações fiscais em caso de insolvência, as quais em momento posterior, no cumprimento do despacho, irão consubstanciar a Circular n.º 1/2010, de 2 de Fevereiro de 2010.

Não tem eficácia externa uma vez que não produz directamente efeitos jurídicos na esfera jurídica dos administradores da insolvência.

Entende-se, assim, que o despacho que sanciona determinadas orientações com vista a uma interpretação uniforme de determinadas normas jurídicas não tem eficácia externa e não é por isso impugnável, sendo manifesta a improcedência da pretensão a formular na acção administrativa especial de impugnação de tal despacho.

VII. Jurisprudência

Trazemos, agora, à colação o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo¹¹, de 24-02-2011, também ele caracterizador da responsabilidade tributária dos administradores judiciais no âmbito do IRC.

Para o STA, não se vê motivo para que a liquidação derivada da dissolução em processo de falência tenha um tratamento diferenciado das demais liquidações de patrimónios societários. O facto de a sociedade ser declara falida não obsta, pois, a que se mantenham, com as necessárias adaptações e em tudo o que não for incompatível com o regime processual da massa falida, as disposições que regem as sociedades não dissolvidas, designadamente as regras previstas no CIRC para a tributação do lucro tributável das sociedades em liquidação.

Depois de tudo visto e ponderado, o STA conclui que mesmo em processo de liquidação da massa falida, a sociedade continua a ter de cumprir, através do respectivo liquidatário, com as obrigações fiscais declarativas.

¹¹ Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, relator: Dulce Ponte, processo n.º 01145/09, de 24-02-2011, publicado em www.dgsi.pt.

VIII. A reforma do CIRE em 2012

Apesar da nova redacção do artigo 65º do CIRE, introduzida com a reforma de 2012, trazer uma novidade relevante ao determinar que, com a deliberação, pela assembleia de credores, do encerramento da actividade do estabelecimento, se extinguem todas as obrigações declarativas e fiscais, entendemos que seria espectável que o legislador estabelecesse regras mais claras de responsabilização tributária bem como fronteiras sobre como, quando e porquê o AJ é chamado a responder por incumprimento tributário.

IX. Conclusão

Com a declaração de insolvência é nomeado um AJ a quem, por força do disposto no número 10, do artigo 117º, do CIRC, são atribuídas as obrigações declarativas em sede do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas.

Também na fase que se segue à dissolução, de liquidação da massa insolvente, quando integre uma empresa, esta é considerada sujeito passivo de IRC (artigo 3º, do CIRC) estando por esse facto o AJ obrigado a manter contabilidade organizada (artigo 123º do CIRC) e por inerência a contratar um Técnico Oficial de Contas (TOC) para a sua execução (artigo 6º do Estatuto da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas – EOTOC), devendo, para o efeito, o AJ notificar o actual TOC da empresa para, caso assim o entenda, pôr termo ao exercício de funções daquele profissional. Ou então, para o contratar, a expensas da massa insolvente, para dar continuidade à execução da contabilidade durante a fase de liquidação.

O OE 2011 alterou a redacção do artigo 30º da LGT, para estatuir que o crédito tributário não é afectado por legislação especial (por exemplo pelo CIRE), pelo que o fisco e a segurança social, entre outros credores públicos, não podem reduzir os valores que tenham a haver dos devedores insolventes, o que, convenhamos, se traduz, em muitos casos, na impossibilidade de recuperação da empresa, porque, não raras vezes, são de grande significado tais valores e por consequência o voto favorável deste credor faria a diferença entre recuperação ou “morte” da empresa.

Ademais, os credores públicos comportam-se, em sede de insolvência, como se nada de especial se esteja a passar com o devedor insolvente, exigindo-lhe, à mesma, o cumprimento, quer de obrigações declarativas, quer de obrigações de pagamentos de tributos dos períodos ocorridos antes e depois da declaração de insolvência. Andam mal, na nossa opinião, ao adoptarem este comportamento inaceitável para os AJ.

Acresce, que notificam, incessantemente, o AJ para cumprir com os deveres do devedor insolvente, que ficaram por satisfazer, anteriormente à declaração de insolvência, o que a nosso ver está errado e em contradição com o CIRE. O AJ apenas responde por actos por si praticados após a declaração de insolvência. Ora, lamentavelmente, o AJ tem de responder a essas notificações, praticando, assim, uma enormidade de actos inúteis.

Concluimos este tema da responsabilidade tributária do AJ para nos manifestarmos a favor de uma urgente clarificação sobre como, quem e porquê tem de cumprir todas as obrigações tributárias, a bem da fácil e transparente responsabilização do AJ e sobretudo para que este auxiliar da justiça saiba como actuar em matéria tão sensível como a do cumprimento destas obrigações.

Felgueiras, 10 de Outubro de 2014.

Os créditos laborais no processo especial de revitalização: breves notas e inquietações¹

Ana Ribeiro Costa

UCP-Escola de Direito do Porto, Advogada²

1. Introdução

O memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica, apresentado em Maio de 2011³, previa, sob o título “regulação e supervisão do setor financeiro”, a alteração do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), o que veio a ser concretizado pela Lei n.º 16/2012, de 20-04. A mais importante das alterações consubstanciou-se na criação do processo especial de revitalização. Este processo tem início num requerimento do devedor, que manifesta a vontade de iniciar negociações no sentido de alcançar a sua revitalização, através da aprovação de um plano de recuperação.

Sucedem, no que respeita aos créditos laborais, têm sido apresentadas algumas propostas de pagamento em tais planos de recuperação que nos parecem de duvidosa conformidade legal. De facto, alguns planos prevêm o pagamento dos créditos laborais com períodos de carência, perdão de capital e juros, pagamento em dezenas de prestações e pretensa eliminação ou alteração das garantias legais dos créditos laborais.

Ora, este tratamento dos créditos laborais reclama a necessidade de uma reflexão sobre todo o sistema de tutela dos créditos laborais, erigido sobre o art. 59º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Em especial, importará analisar as várias formas de tutela legal dos créditos laborais, apreciando as consequências do

¹ O presente texto corresponde aos apontamentos que coligimos para a apresentação realizada no VI Congresso Internacional Ciências Jurídico-Empresariais, decorrido em 24-10-2014, na Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria, completados com algumas referências jurisprudenciais e legislativas posteriores.

Agradecemos, desde já, a amabilidade da organização que nos acolheu e destacamos a elevada qualidade técnica e científica de todos os participantes no encontro.

² A autora é doutoranda e docente convidada da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa. É advogada na sociedade Gama Lobo Xavier, Luis Teixeira e Melo e Associados, em Guimarães, colabora com o *Católica Research Center for the Future of Law* e é Vice-Presidente da Associação de Jovens Juslaboralistas.

O presente texto terá em consideração a legislação, doutrina e jurisprudência publicadas até 21-01-2015. As citações de jurisprudência serão todas pertencentes à fonte informática www.dgsi.pt, exceto quando expressamente se indicar que a decisão não se encontra publicada, caso em que a autora acedeu à mesma no exercício da sua atividade profissional.

³ Que pode ser consultado em https://infoeuropa.euroid.pt/opac/?func=service&doc_library=CIE01&doc_number=000046743&line_number=0001&func_code=WEB-FULL&service_type=MEDIA, consultado em 21-02-2015.

regime de garantia de tais créditos, distinguindo os créditos remuneratórios dos indemnizatórios e, bem assim, dos compensatórios. Em consequência, apreciaremos se os mesmos são renunciáveis ou disponíveis e em que medida.

Impõe-se, ainda, proceder a uma cuidada análise da jurisprudência que se tem debruçado sobre a matéria. Na verdade, apreciando a legalidade dos planos de recuperação sob a perspetiva do princípio da igualdade dos credores, a jurisprudência tem decidido de forma contraditória o relevo de tais particularidades dos créditos laborais.

Assim, impõe-se discutir o reflexo que o processo especial de revitalização teve sobre a tutela dos créditos dos trabalhadores e se a jurisprudência tem resolvido os problemas concretos com respeito pela natureza constitucionalmente consagrada a tais créditos.

Cumprirá, ainda, apreciar a articulação dos interesses subjacentes ao processo especial de revitalização com as garantias substanciais e procedimentais características da legislação laboral, abordando algumas questões onde a colisão entre tais princípios se poderá verificar.

2. Garantias especiais dos créditos laborais

Dispõe o art. 59º da CRP que *“Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna; (...) 3. Os salários gozam de garantias especiais, nos termos da lei.”*

Assim, prevê a CRP que os *salários* gozem de *especiais garantias*.

A especial proteção destes créditos deriva do facto destes se afigurarem como contrapartida do trabalho, sendo suporte da existência do trabalhador e da subsistência da sua família. Reconhece-se, pois, uma dimensão social ou alimentar do salário. Finalmente, há quem lhe atribua, ainda, uma dimensão de *“instrumento de política económica”*, relacionando a sua determinação com a concertação social e a contratação coletiva⁴.

⁴ Cfr. ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 467.

Tais *garantias especiais* dos créditos laborais encontram-se consagradas em diversa legislação, com destaque para o CT. Entre elas, encontram-se as seguintes:

1) Regime dos arts 334º e 335º do CT, que reforça a responsabilidade do empregador pelo pagamento dos créditos laborais, estabelecendo a responsabilidade solidária do empregador e da sociedade que com este se encontre em relação de participações recíprocas, domínio ou grupo⁵ e a responsabilidade solidária dos sócios⁶, gerentes, administradores e diretores^{7/8};

2) Regime relativo à prescrição dos créditos laborais, previsto no art. 337º do CT: impossibilidade de prescrição na pendência da relação laboral, prescrevendo os mesmos um ano após a cessação da relação de trabalho⁹;

3) Previsão da proibição da diminuição do salário – princípio da irredutibilidade (art. 129º, n.º 1, alínea d) do CT);

4) Manutenção da retribuição mesmo sem trabalho efetivo (designadamente, em feriados, casos de suspensão prolongada do contrato por motivos relacionados com a empresa, certas faltas justificadas, créditos de horas por motivos sindicais ou outros – arts. 255º, n.º 1 e n.º 2 *a contrario*, 364º, n.º 1, 408º, n.º 2 e 467º, n.º 1, do CT¹⁰);

5) Insusceptibilidade de cessão da remuneração (art. 280º do CT), impossibilidade (em regra) de compensação e descontos durante a pendência do contrato (art. 279º do CT) e parcial impenhorabilidade da retribuição (art. 824º, n.º 1,

⁵ Arts. 481º e ss' do Código das Sociedades Comerciais – CSC.

⁶ Art. 83º do CSC - desde que se verifiquem os pressupostos dos arts. 78º, 79º e 83º do mesmo diploma.

⁷ Quando se verifiquem os pressupostos dos arts. 78º e 79º do CSC. JOANA COSTEIRA, *Os efeitos da declaração de insolvência no contrato de trabalho: a tutela dos créditos laborais*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 94.

⁸ BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER salienta que, nestes últimos casos, a responsabilidade depende da alegação e prova dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual. *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 2014, p. 626. Também JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES esclarece que se trata de responsabilidade subjectiva: *Direito do Trabalho. Volume I. Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 902.

⁹ Esta interpretação, embora durante décadas sustentada pelas doutrina e jurisprudência maioritárias, parece começar a merecer alguma crítica, como a de BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER. O autor afirma que o regime do art. 337º do CT deve ser entendido como um complemento do sistema do Direito Civil, pelo que deverá aplicar-se o prazo geral de prescrição de 20 anos e o de 5 anos previstos no Código Civil (CC), devendo, ainda, estender-se tal regime prescricional aos direitos de impugnação. «Prescrição dos créditos laborais», *Revista de Direito e de Estudos Sociais* (RDES), n.ºs 1-4, ano XLIX, 2008, pp. 254 e 255. O autor retoma o assunto em «Prescrição nas relações de trabalho (uma questão polémica)», *RDES*, n.ºs 3-4, julho-dezembro 2012, 7-41.

¹⁰ BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, cit., p. 619.

alínea a) do Código de Processo Civil)¹¹. Note-se que o art. 62º, n.º 3, do revogado Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (Decreto-Lei n.º 132/93, de 23-04) refletia a ideia de indisponibilidade parcial dos créditos laborais: “qualquer redução do valor dos créditos dos trabalhadores deverá ter como limite a medida da sua penhorabilidade e depender do acordo expresso destes”^{12/13};

6) O pagamento da retribuição deve ser imediatamente após o vencimento da mesma ou até no dia útil anterior (art. 278º, n.º 4, do CT);

7) O atraso no pagamento da retribuição configura mora do empregador (art. 323º, n.º 2, do CT);

8) A falta de pagamento da remuneração no momento do seu vencimento consubstancia contraordenação grave (art. 278º, n.º 6, do CT);

9) A falta de pagamento, nos termos legais, da retribuição de férias, subsídios de férias e de Natal e retribuição de trabalho noturno consubstancia contraordenação muito grave (arts. 263º, n.º 3 e 264º, n.º 4, do CT);

10) A falta de cumprimento dos requisitos legais quanto ao pagamento da retribuição por isenção de horário de trabalho, da retribuição por exercício de funções afins ou funcionalmente ligadas com retribuição mais elevada e do trabalho suplementar, constitui contraordenação grave (arts. 265º, n.º 3, 267º, n.º 2 e 268º, n.º 4, do CT);

11) A falta de pagamento da retribuição pode, em determinados casos, fundamentar a suspensão do contrato de trabalho (arts. 323º, n.º 3 e 325º e ss’ do CT) ou a sua resolução com justa causa (arts. 323º, n.º 3, 394º, n.º 2, alínea a) e 394º, n.º 3, alínea c) do CT);

12) Impossibilidade de prática de determinados atos que possam diminuir património do empregador quando o empregador esteja em situação de falta de pagamento pontual da retribuição (art. 313º *ex vi* do art. 324º, n.º 1, do CT);

¹¹ *Ibidem*, p. 995.

¹² Sobre este preceito, *vd.* ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, «Reflexos laborais do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência», *RDES*, n.ºs 1-2-3, 1995, p. 84.

¹³ BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER entende que as posições inderrogáveis são apenas quanto aos direitos primários à prestação, sendo que sobre as pretensões de natureza patrimonial em caso de violação desses direitos (ou seja, as prestações secundárias de carácter indemnizatório) poderão recair confissão, transação, renúncia e prescrição. Para mais desenvolvimentos, veja-se o *Manual de Direito do Trabalho*, *cit.*, p. 996. Defende ainda o autor que é possível a renúncia após a extinção do vínculo contratual, posição também manifestada por ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO. Cfr. respetivamente *Manual de Direito do Trabalho*, *cit.*, pp. 621 e «Reflexos laborais do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência», *cit.*, p. 84.

13) A prática de determinados comportamentos (art. 313º *ex vi* do art. 324º, n.º 1, do CT) pode consubstanciar infracção criminal (art. 324º, n.º 3, do CT);

14) Irrenunciabilidade de certos créditos laborais, como os que decorrem de acidentes de trabalho e doenças profissionais: consagração da nulidade de acordos no âmbito das prestações decorrentes de acidente de trabalho (art. 12º da Lei n.º 98/2009, de 04-09, que regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais – LAT –) e natureza dos créditos derivados daquele diploma, qualificados como inalienáveis, impenhoráveis e irrenunciáveis (art. 78º da LAT)¹⁴;

15) Possibilidade de condenação para além do pedido em processo do trabalho (art. 74º do Código de Processo do Trabalho), refletindo mais uma vez a tendencial irrenunciabilidade aos créditos laborais;

16) O regime dos arts. 25º a 31º da Lei 105/2009, de 14-09: quando o trabalhador for alvo de execuções tendo créditos laborais vencidos e não pagos, poderá haver suspensão de execuções fiscais, suspensão de venda de bens penhorados ou dados em garantia, suspensão da execução de sentença de despejo¹⁵).

Para além das garantias supra referidas, as garantias mais significativas dos créditos laborais estão previstas nos arts. 333º e 336º do CT e consistem nos privilégios creditórios atribuídos aos créditos laborais e, bem assim, na possibilidade de acesso ao Fundo de Garantia Salarial (FGS)¹⁶.

Mas, afinal, que créditos estão abrangidos por esta tutela? Apenas os *salários*, como se diz no art. 59º, n.º 3, da CRP? Ora, entende-se atualmente de forma pacífica, atenta a redação atual dos arts. 333º e 336º do CT, que não só os créditos emergentes do contrato de trabalho, mas também os créditos decorrentes da sua violação e da sua cessação estão abrangidos por esta tutela.

De facto, os trabalhadores podem ser credores da entidade empregadora, detendo créditos referentes à execução do contrato de trabalho (remuneração,

¹⁴ BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER atenta que não há referência expressa na lei a qualquer indisponibilidade de posições jurídicas dos trabalhadores, embora no caso da retribuição a irrenunciabilidade resulte de todo o sistema legislativo laboral – o trabalhador não pode renunciar previamente, ainda que parcialmente, aos créditos garantidos por lei ou instrumento de regulamentação coletiva de trabalho. Sobre esta matéria, veja-se *Manual de Direito do Trabalho*, cit., pp. 620 e 994.

¹⁵ ROSÁRIO PALMA RAMALHO critica estas duas últimas hipóteses, porquanto fazem recair sobre terceiros as consequências do incumprimento do empregador; a autora adianta, ainda, que poderá haver inconstitucionalidade por quebra dos princípios igualdade e proporcionalidade. *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II. Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, dezembro 2012, p. 606.

¹⁶ Nesta matéria deve atender-se à Diretiva n.º 80/987 e à Diretiva n.º 2008/94, de 22 de outubro, referentes a proteção dos trabalhadores em caso de insolvência.

subsídio de alimentação, subsídio de férias e Natal, subsídio de turno, e mesmo créditos excepcionais como gratificações extraordinárias, participações nos lucros¹⁷, prestações decorrentes da LAT – art. 78º LAT –, entre outros), bem como créditos atinentes à violação ou cessação do contrato de trabalho.

Entre estes últimos encontram-se, designadamente, os proporcionais de férias, de subsídio de férias e de subsídio de Natal, os créditos indemnizatórios (que derivam, designadamente, da indemnização devida pela resolução do contrato com justa causa pelo trabalhador nos termos do art. 396º do Código do Trabalho – CT –, ou os que resultam de indemnização devida pela cessação do contrato de trabalho que resulta de despedimento ilícito, prevista na alínea a) do n.º 2 do art. 389º do CT, ou ainda, devidos em substituição da reintegração, a pedido do trabalhador, consagrados no art. 391º do CT), e os créditos compensatórios (resultantes da compensação devida por cessação do contrato por despedimento coletivo, extinção do posto de trabalho, despedimento por inadaptação – arts. 344º, n.º 2, 345º, n.º 4, 346º, n.º 5, 347º, n.º 5, 366º, 372º e 379º do CT¹⁸).

Com o CT reforçou-se este regime, estendendo estas garantias não só aos créditos salariais, mas também aos créditos decorrentes da violação e cessação do contrato.

2.1. Graduação: privilégios creditórios

Atualmente, os privilégios creditórios estão previstos no art. 333º do CT.

Recorde-se que os *privilégios creditórios* correspondem à faculdade que a lei, em atenção à causa do crédito, concede a certos credores, independentemente do regime, de serem pagos com preferência a outros (art. 733º do CC).

Ora, dispõe o CT que quer os créditos laborais (todos eles, como se viu) beneficiam dos seguintes privilégios creditórios:

¹⁷ JOANA COSTEIRA, *op. cit.*, p. 102.

¹⁸ Distinguindo os diversos créditos entre remuneratórios, indemnizatórios e compensatórios, veja-se JOANA COSTEIRA, *op. cit.*, p. 86. Todavia, parece-nos que nem sempre esta classificação poderá coincidir ou sobrepor-se à distinção entre créditos decorrentes da cessação, violação ou cessação do contrato, respectivamente, já que, a título de exemplo, os créditos decorrentes do direito à reparação decorrentes da LAT poderão ser considerados créditos indemnizatórios, embora decorram da execução do contrato de trabalho e não necessariamente da sua violação nem certamente da sua cessação.

a) *Privilégio mobiliário geral*¹⁹;

b) *Privilégio imobiliário especial sobre bem imóvel do empregador no qual o trabalhador presta a sua atividade.*

Note-se que, nos termos dos arts. 47º, n.º 4, alínea a) e 97º do CIRE, estas garantias não se extinguem com a declaração insolvência. Diríamos que nos parece evidente que tais privilégios também não extinguem com a situação de pendência de processo de *revitalização* da empresa, mantendo-se tais garantias sobre os créditos laborais mesmo em tal hipótese, independentemente de tal garantia ser ou não expressamente referida no plano de recuperação da empresa²⁰.

Estes privilégios configuram uma derrogação ao princípio *par conditio creditorum*, que significa que, em princípio, os credores estão em pé de igualdade perante o devedor, pelo que ocuparão posição de paridade (art. 604º, n.º 1, do CC). A ideia da criação deste princípio da igualdade dos credores, seria fazer solucionar facilmente um problema distributivo complexo, fazendo ceder o princípio em face de causas legítimas de preferência²¹. Para outros autores, o princípio corresponde a uma justiça distributiva, a uma comunhão de perdas ou comunhão no risco²².

De qualquer forma, o princípio *par conditio creditorum* significa tratar igual o que é igual e diferente o que é diferente. Assim, desde que justificada no caso concreto, a discriminação resultante dos privilégios creditórios permite a realização da satisfação comunitária²³. Como tal, entende-se que os créditos laborais são *causas legítimas de preferência*²⁴, beneficiando, portanto, os credores laborais de um tratamento desigual justificado.

Nesta matéria, cumpre referir que o art. 17º-H do CIRE, surgido aquando da criação do processo especial de revitalização e aditado ao CIRE pela Lei n.º 16/2012,

¹⁹ MIGUEL LUCAS PIRES defende que este deveria ser um privilégio mobiliário especial, sobre todos os instrumentos de trabalho afetos à atividade do trabalhador, de modo a melhorar a graduação deste privilégio – «Garantia dos créditos laborais», in *Código do Trabalho. A Revisão de 2009*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 392.

²⁰ Assim, os créditos laborais sempre beneficiarão das garantias que acima melhor descrevemos, em especial dos privilégios creditórios do art. 333º do CT. Todavia, a possibilidade de eliminação e alteração da graduação de tais garantias foi discutida nos arestos do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17-12-2013, relatado por Paulo Duarte Barreto, e do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19/06/2014, relatado por Helena Melo, que abordaremos adiante, onde se debatia a hipótese de um devedor colocar em causa, por via do plano de recuperação, a persistência e a graduação legalmente conferida aos privilégios creditórios dos trabalhadores.

²¹ JOANA COSTEIRA, *op. cit.*, p. 107.

²² *Ibidem*, p. 108.

²³ *Ibidem*, p. 112.

²⁴ *Ibidem*, p. 109.

de 20-04, prevê que “1 - As garantias convencionadas entre o devedor e os seus credores durante o processo especial de revitalização, com a finalidade de proporcionar àquele os necessários meios financeiros para o desenvolvimento da sua atividade, mantêm-se mesmo que, findo o processo, venha a ser declarada, no prazo de dois anos, a insolvência do devedor. 2 - Os credores que, no decurso do processo, financiem a atividade do devedor disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização gozam de privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores”. Sendo assim, a nosso ver, este preceito coloca problemas significativos de articulação com o regime que acima identificámos, já que a graduação dos privilégios dos créditos laborais, constitucionalmente garantidos, é aqui alterada, dando-se prevalência aos créditos do “credor financiador”.

CATARINA SERRA discute se estas garantias são constituídas apenas para os credores financeiros *stricto sensu*, que disponibilizem meios financeiros ou capital à empresa²⁵, ou se também abarca os trabalhadores, que são indispensáveis para a continuidade da empresa, sendo a autora da opinião de que estes estão também abrangidos²⁶.

Ora, não obstante reconheçamos a bondade e justiça material inerente a tal posição, entendemos que o preceito não poderá interpretar-se dessa forma, já que o legislador – mal ou bem²⁷ –, ao graduar expressamente aquela garantia antes do privilégio mobiliário geral dos trabalhadores, quis beneficiar de forma especial aqueles “credores financiadores”, distinguindo-os claramente dos trabalhadores. Parece-nos que o legislador quis, precisamente, afastar a força das garantias dos créditos laborais. Com efeito, que o legislador se esqueceu da essencialidade dos trabalhadores para a viabilidade e continuidade da empresa (tal como sublinha CATARINA SERRA²⁸) parece evidente, mas não podemos ir além da letra e do espírito da lei e tentar contornar os mesmos contrariando a expressa vontade do legislador.

Ademais, CATARINA SERRA esclarece que este privilégio do 17º-H do CIRE, quanto aos créditos laborais, será apenas aplicável aos créditos “*relativos às prestações de trabalho efetuadas durante o PER*”, enquanto que os privilégios constantes do 333º do

²⁵ CATARINA SERRA, «Para um novo entendimento dos créditos laborais na insolvência e na pré-insolvência da empresa – Um contributo feito de velhas e novas questões», *Questões Laborais*, n.º 42 - número especial comemorativo dos 20 anos da Revista, janeiro 2014, p. 202.

²⁶ Sobre as vantagens desta interpretação, veja-se «Para um novo entendimento...», *cit.*, pp. 203 e 204.

²⁷ Mal, a nosso ver.

²⁸ CATARINA SERRA, «Para um novo entendimento...», *cit.*, p. 203.

CT beneficiarão todos os créditos laborais, anteriores ao processo especial de revitalização e posteriores ao mesmo²⁹. Todavia, entendemos que os créditos laborais referentes à execução do contrato de trabalho durante o processo especial de revitalização devem equiparar-se às “dívidas da massa” em sede de insolvência, devendo, portanto, ser pagas preferencialmente (arts. 172º e 219º do CIRE), não devendo ser incluídas no plano de recuperação, que abrangerá apenas os créditos vencidos até ao recebimento do processo especial de revitalização e nomeação do Administrador Judicial Provisório (AJP)³⁰ ou, quando muito, até à data do termo do prazo para a reclamação de créditos³¹. Na nossa opinião, é aquele o momento do “reset”, em que se fixa o passivo da empresa que vai ser sujeito a reestruturação³². Como tal, estes créditos remuneratórios não têm porque beneficiar de tal garantia acrescida.

Além disto, a autora afirma que a interpretação literal daquele preceito afastaria da mesma os credores fornecedores que disponibilizam matéria prima e os credores trabalhadores que se dispõem a prestar trabalho, ambos essenciais à continuidade da empresa³³. Mais uma vez, reconhecemos a retidão e justiça do pensamento subjacente a este argumento, mas a solução dada corresponderia a uma proliferação de “credores financiadores” com tal privilégio, passando estes a ter não uma garantia excecional³⁴, mas uma garantia comum a vários credores, o que afastaria a *ratio* da criação da mesma, que é, no nosso entendimento, a de incentivar determinados credores a assumirem o risco do financiamento de uma empresa em

²⁹ *Ibidem*, p. 205.

³⁰ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05-01-2015, relatado por Fernanda Soares.

³¹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27-01-2015, relatado por Márcia Portela, não publicado. Neste sentido, referindo que os créditos constituídos após o termo do prazo para a reclamação de créditos não são atendidos no processo especial de revitalização nem afetados pelo plano, *vd.* NUNO SALAZAR CASANOVA e DAVID SEQUEIRA DINIS, *PER – o Processo especial de revitalização. Comentários aos artigos 17º-A a 17º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 57. Ainda assim, os autores admitem que os créditos não vencidos possam ser reclamados, em determinadas circunstâncias. *Op. cit.*, p. 66.

³² Exceção feita para os créditos sob condição suspensiva que sejam reconhecidos pela própria empresa, como veremos, como pode suceder se a empresa prevê desde logo no seu plano de recuperação a realização de um despedimento coletivo, prevendo, em consequência, os valores de créditos laborais de que os trabalhadores serão titulares e prevendo uma forma de pagamento de tais créditos dilatada no tempo.

³³ CATARINA SERRA, «Processo especial de revitalização – contributos para uma “rectificação”», *Revista da Ordem dos Advogados*, abril-setembro 2012, p. 731.

³⁴ FÁTIMA REIS SILVA salienta, precisamente, esta característica da excecionalidade, para recusar conceder a este preceito uma interpretação extensiva como a que é dada por JOÃO LABAREDA. *Processo Especial de revitalização. Notas práticas e jurisprudência recente*, Porto Editora, Porto, 2014, p. 76.

situação financeira difícil, garantindo que para esse “credor financiador” que apareça como “salvador” da empresa em processo especial de revitalização haja um tratamento realmente diferenciado caso o plano de recuperação não tenha sucesso.

2.2. Fundo de Garantia Salarial

O art. 336º do CT prevê o pagamento de créditos decorrentes da execução, violação ou cessação do contrato de trabalho por parte do FGS, quando o mesmo não possa ser concretizado pelo empregador por motivo de insolvência ou situação económica difícil. O art. 12º, n.º 6, alínea o) da Lei preambular que aprovou o CT de 2009 (Lei n.º 7/2009, de 12-02) manteve em vigor os arts 316º a 326º da Regulamentação ao CT de 2003 (Lei 35/3004, de 29-07), que dispõem sobre este pagamento por parte do FGS.

O FGS funciona, pois, como uma “*ulterior garantia especial*” que atua no cumprimento de uma obrigação que seria do empregador³⁵.

Note-se, todavia, que este regime está prestes a ser alterado, estando pendente uma alteração ao mesmo que prevê o seu alargamento às hipóteses de falta de pagamento por parte do empregador devido à pendência de processo especial de revitalização³⁶.

³⁵ JOANA COSTEIRA, *op. cit.*, p. 143.

³⁶ Aprovado em Conselho de Ministros, conforme comunicado de 12-02-2015 disponível em <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministro-da-presidencia-e-dos-assuntos-parlamentares/documentos-oficiais/20150212-cm-comunicado.aspx>. Note-se que a proposta de Decreto-lei divulgada no *Boletim do Trabalho e Emprego* n.º 6, de 05-12-2014, para apreciação pública, nos coloca sérias dúvidas quanto à forma como se vai executar este novo regime. De facto, o empregador deverá prever no plano de recuperação o pagamento em prestações aos trabalhadores ou ao FGS? Será uma dívida a negociar de forma independente? Ou o FGS sub-roga-se nos direitos e também na posição dos trabalhadores no plano de recuperação que seja aprovado, submetendo-se e vinculando-se à posição adotada pelo trabalhador? E se o trabalhador tiver votado favoravelmente à redução do seu crédito, o FGS pode pedir do empregador a devolução do que pagou a mais ao trabalhador, ou só o poderá reclamar ao próprio trabalhador? Ou independentemente de ter ou não pago a mais ao trabalhador, pode exigir ao empregador ou terá de reclamar do próprio trabalhador o valor da parte do crédito “perdoado”? E se o plano, mesmo sem o voto favorável do trabalhador, for aceite com redução do crédito laboral? O FGS fica sujeito às disposições do plano? Muitas são as inquietações que nos coloca esta solução, e que tentaremos aflorar em próximos estudos sobre a matéria, consoante a redação final que o diploma venha a obter.

3. Particularidades do tratamento dos créditos laborais no Processo Especial de Revitalização

São várias e profundas as divergências que assolam a doutrina e a jurisprudência em matéria de tratamento dos créditos laborais em sede de processo de insolvência. Diríamos que, em regra, tais diferenças resultam de diferentes entendimentos quanto a esta matéria: uns mais próximos do direito insolvencial, outros com tendência mais social, tentando conciliar as particularidades de ambos os ramos do Direito.

Assim, não foi com espanto que percebemos que, com a criação de um novo processo no âmbito do CIRE, novos problemas se levantaram, desta feita relativamente ao tratamento dos créditos laborais em sede de processo especial de revitalização.

Com efeito, o memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica previa o seguinte: *“A fim de melhor facilitar a recuperação efectiva de empresas viáveis, o Código de Insolvência será alterado (...) para, entre outras, introduzir uma maior rapidez nos procedimentos judiciais de aprovação de planos de reestruturação”*. O fito da criação do processo especial de revitalização seria, portanto, a obtenção da recuperação do devedor, privilegiando a sua manutenção no giro comercial.

Ora, como afirmámos a título introdutório, alguns planos de recuperação têm previsto propostas de pagamento dos créditos laborais em termos que nos parecem de duvidosa conformidade legal, concedendo-lhes um tratamento que nos parece desadequado à sua natureza e graduação. Assim, impõe-se discutir o reflexo que o memorando teve, nesta matéria, sobre os trabalhadores.

De facto, alguns planos de recuperação que encontrámos, quer na nossa prática profissional, quer na análise da jurisprudência sobre a matéria, prevêm para o pagamento dos créditos laborais soluções como o perdão de dívida (de capital e/ou de juros)³⁷, o pagamento dos créditos em prestações, o estabelecimento de períodos de carência (por exemplo, 30 meses após homologação do plano³⁸), e nenhuma garantia de tal pagamento³⁹.

³⁷ A título de exemplo, veja-se um perdão de dívida de 50% no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17-12-2013, relatado por Paulo Duarte Barreto.

³⁸ Cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30-06-2014, relatado por Caimoto Jácome.

³⁹ Nenhuma garantia adicional, acrescentaríamos, já que, como adiantámos acima, os créditos sempre beneficiarão dos privilégios creditórios do art. 333º do CT.

Ademais, outros problemas se colocam quanto ao tratamento distinto que é dado aos contratos de trabalho que cessam e aos que se mantêm.

Analisaremos de perto a jurisprudência que encontrámos nesta matéria, para perceber as diferentes posições que se têm encontrado relativamente ao assunto.

Em aresto do Tribunal da Relação de Guimarães de 18-06-2013, relatado por Rosa Tching, em que se discutia o facto de os créditos da Segurança Social terem mais garantias do que os créditos laborais e serem pagos sem período de carência e com juros, o que violaria o princípio da igualdade, o Tribunal entendeu não ocorrer tal violação. Apoiou o seu entendimento no facto de que a Lei n.º 16/2012, de 20-04, revelou uma mudança de paradigma do regime insolvencial, promovendo a recuperação, privilegiando a manutenção do devedor no giro comercial. Ademais, ponderou a comparação com a situação de insolvência, concluindo que esta não seria obrigatoriamente melhor, já que, em situação de liquidação, o valor do ativo diminuiria, as custas do processo teriam de ser pagas, e o despedimento de mais trabalhadores traria um aumento global da dívida, para além de eliminar postos de trabalho. Em relação ao princípio da igualdade, esclareceu que este permite diferenciações objetivas em função da classificação e categorias hierárquicas dos créditos, bem como da diversidade das suas fontes/origem, pelo que, *in casu*, a origem dos créditos – créditos tributários da Segurança Social servem o pagamento e proteção de todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade de trabalho – justificaria um tratamento diferenciado.

Já na decisão do mesmo Tribunal, de 25-11-2013, da relatora Manuela Fialho, alcançou-se conclusão distinta. Em causa estava uma proposta de pagamento de créditos laborais em 24 prestações mensais, com um ano de carência, perdão de juros e sem constituição de qualquer garantia. Por um lado, o Tribunal entendeu que não se havia demonstrado que o plano de revitalização seria pior do que seria a hipótese de insolvência. Mas entendeu, por outro lado, que havia violação do princípio da igualdade, porquanto se tratava de forma diferente credores iguais (ambos credores privilegiados), sem justificação. Assim, concluiu o Tribunal que *“viola o princípio da igualdade o Plano de Recuperação que, relativamente a credores privilegiados, propõe apenas para um dos grupos de credores o início imediato do pagamento das prestações mensais, a constituição de garantias patrimoniais e o pagamento dos juros vincendos, enquanto que para o outro grupo de credores*

privilegiados, os credores laborais, prevê apenas o pagamento dos créditos em prestações mensais, com um ano de carência, sem constituição de qualquer garantia nem pagamento dos juros vincendos”.

No mesmo sentido, no acórdão do mesmo Tribunal, de 17-12-2013, relatado por Paulo Duarte Barreto, afirmou-se que violaria o princípio igualdade dos credores a previsão de pagamento à Administração Tributária e Segurança Social da totalidade do capital e juros, garantidos por hipoteca, sendo o pagamento dos credores laborais realizado com redução de 50% do capital em dívida e perdão de juros, prevendo-se o pagamento em 168 prestações, com um período de carência de 24 meses e eliminação da garantia do privilégio mobiliário. Adiantou o Tribunal que não se pode proteger o devedor à custa desproporcionada do credor, concluindo que, *in casu*, havia um evidente desequilíbrio, sendo a recuperação da empresa feita à custa dos trabalhadores, em especial sem o assentimento destes. Além da violação do princípio da igualdade, a situação seria mais favorável sem o plano de recuperação do que com ele.

Em sentido contrário, o Supremo Tribunal de Justiça, em aresto de 25-03-2014, relatado por Fonseca Ramos, adiantou que *“Com o advento de nova realidade económica, em tempo de crise global e por imposição da troika, assumida pelo Estado Português – o CIRE – a lei insolvencial vigente, coloca a tónica na recuperação sendo essa a ratio do diploma”.* Apreciando a violação do princípio da igualdade, afirmou aquele Tribunal Superior que *“O princípio da igualdade dos credores “par conditio creditorum” não confere, aos que deles beneficiam, um direito absoluto, pese embora a natureza muito peculiar do crédito salarial que visa remunerar a força do trabalho, muitas vezes único bem de quem trabalha. Esse direito de crédito pode sofrer afrouxamento ou restrição como decorre do texto constitucional que contempla, a par do princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade e da proibição do arbítrio coenvolvidos na legalidade do exercício de direitos e deveres, como é apanágio do estado de Direito baseado na dignidade da pessoa humana – art. 1.º da Lei Fundamental. 5. Ponderando que o PER tem como fim primordial a recuperação da empresa, a derrogação do princípio da igualdade dos credores é legítima num quadro de ponderação de interesses – o interesse individual por contraposição ao colectivo – se este se situar num patamar material e fundadamente superior em função dos direitos que devem ser salvaguardados, atendendo a sua relevância pública.”* Assim, concluiu que os direitos decorrentes de garantias reais e privilégios creditórios podem ser atingidos, desde que a afetação conste do plano e nos termos nele previstos, não sendo necessário o consentimento dos credores afetados. Ponderando o princípio da proporcionalidade, entendeu que a derrogação do princípio da igualdade dos credores é legítima num quadro de ponderação de

interesses, já que o processo especial de revitalização tem como fim primordial a recuperação da empresa.

Por seu turno, o Tribunal da Relação de Guimarães, em 19/06/2014, em aresto relatado por Helena Melo, asseverou que o facto de um dos créditos garantidos ser de valor significativamente superior aos demais créditos garantidos e privilegiados não justifica uma “*diferença de tratamento entre credores de modo a que a esse credor tudo seja concedido – capital integral, pagamento de juros vencidos e vincendos e das despesas efectuadas – e os trabalhadores titulares dos créditos privilegiados, tenham que prescindir dos juros vencidos (...)*”. Em rigor, o aresto rejeitou que, através da aprovação do plano de recuperação no âmbito do processo especial de revitalização, aos trabalhadores fosse negada a graduação da garantia legalmente constituída para os seus créditos.

Em suma, como vimos, há decisões da jurisprudência em sentidos opostos relativamente aos mesmos problemas: a apreciação da eventual violação do princípio da igualdade (art. 194º do CIRE) e a comparação da situação obtida com o plano com a situação que seria obtida sem o mesmo (art. 216º, n.º 1, alínea a) do CIRE).

Todavia, o que não é ponderada é a natureza especial dos créditos laborais, constitucionalmente consagrada. De facto, em momento algum os aludidos arestos se debruçam sobre as especiais garantias que a CRP confere aos créditos laborais e que, com a aprovação e homologação dos planos de recuperação em causa ficaram parcial ou totalmente anuladas.

Repare-se que, como se disse, todo o sistema laboral é construído sob a perspectiva da (tendencial) irrenunciabilidade, irredutibilidade e indisponibilidade dos créditos laborais. E se tais características parecem poder desaparecer após a cessação do contrato, a verdade é que na pendência do mesmo aquelas mantêm-se. Como tal, choca-nos profundamente que um plano de pagamentos preveja, por exemplo, um perdão de capital de 50 % dos créditos laborais, quando falámos, muitas vezes, não apenas de créditos indemnizatórios ou compensatórios, mas de créditos referentes à própria execução do contrato de trabalho, ou seja, atinentes à remuneração devida pela efetiva prestação laboral.

Assim, embora entendamos que a análise deve ser casuística⁴⁰, parece-nos evidente que qualquer plano que preveja o perdão de créditos referentes à execução do contrato de trabalho não é conforme à legislação (laboral) nem às garantias constitucionais conferidas ao salário.

O mesmo sucede com a exagerada dilação no tempo do pagamento previsto. É evidente que o legislador não nos impõe um prazo para tal pagamento⁴¹, mas o prazo deve ser razoável e, no limite, não deve impedir o exercício dos direitos do trabalhador inerentes a tal pagamento. Isto é assinalado na sentença do 1º Juízo do Tribunal de Trabalho de Vila Nova de Gaia, de 23-05-2014, proferida no âmbito de providência cautelar de suspensão de despedimento coletivo com o n.º de processo 387/14.8TTVNG, não publicada. Nesta sentença concluiu-se que a aplicação do art. 363º n.º 5 do CT (possibilidade de pagamento das compensações devidas em caso de despedimento coletivo de outra forma que não até ao termo do prazo de aviso prévio) é possível em caso de processo especial de revitalização, mas apenas após a homologação judicial do acordo. Ademais, se no plano de recuperação se prever o pagamento da compensação para além dos seis meses após a cessação dos contratos, tal consubstanciará uma ilicitude do plano, por impossibilitar que, na prática, o trabalhador possa impugnar o despedimento coletivo com fundamento na sua ilicitude por falta de pagamento da compensação devida (art. 383º, alínea c), do CT). Esclarece a decisão deste Tribunal que *“estaria encontrada a forma de promover despedimentos coletivos sem o pagamento das compensações, bastando para isso instaurar um PER”*.

Aqui se revela um outro problema a apreciar em sede de processo especial de revitalização: quais os créditos a atender no plano de recuperação?

Conforme referimos atrás, entendemos que o momento que determina qual o passivo que vai ser afetado pelo plano de recuperação é o despacho que recebe o processo especial de revitalização e nomeia o AJP. Como tal, é evidente que os créditos não reclamados pelo credor nem reconhecidos pelo devedor no processo especial de revitalização e, em consequência, não constantes da lista provisória de

⁴⁰ Atendendo à natureza do crédito laboral em causa, à situação laboral do trabalhador, à concreta forma de pagamento que é proposta ao mesmo, entre outros elementos.

⁴¹ Como sucede, por exemplo, no Brasil, em que o pagamento dos créditos laborais vencidos até à entrada do processo de recuperação tem como limite o prazo de um ano, sendo que *“os créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial”* devem ser pagos no prazo máximo de trinta dias - art. 54º da Lei 11.101, de 09-02-2005.

credores, não poderão ser abrangidos pelo plano de recuperação, pois não se permitiu aos credores a sua participação nas negociações e votação do plano.

Maiores problemas se colocam quanto aos créditos que se vençam depois da entrada do processo especial de revitalização, mas que o trabalhador reclame ou o empregador reconheça como créditos sob condição suspensiva. É o caso dos créditos decorrentes da cessação do contrato que o trabalhador preveja (porque vai recorrer, por exemplo, à resolução com justa causa por falta de pagamento da remuneração) ou que o empregador antecipe, por pretender prever como medida da execução do plano de recuperação um despedimento coletivo.

Ora, há quem entenda que não se lhes pode aplicar o plano de recuperação, porquanto não eram, à data de entrada em juízo do processo, créditos vencidos⁴², não podendo ser admitidos créditos sob condição suspensiva⁴³.

É esta a posição explanada no aresto do Tribunal da Relação do Porto de 27-01-2015, relatado por Márcia Portela, não publicado. Neste assunto, o despacho proferido em primeira instância determinou que “(...) *no que concerne à inclusão no plano de recuperação do pagamento dos créditos aos trabalhadores constituídos após o prazo de reclamação de créditos, entende-se que os mesmos não podem ser atendidos no aludido plano, mas não são afectados pelo mesmo, na medida em que, à data do termo para reclamação de créditos, ainda não eram credores. Contudo, a impossibilidade legal de atendimento dos citados créditos não é impeditiva da decisão de homologação da aprovação do plano votado pela maioria dos credores, pois que, neste caso, apenas se deverá considerar que o plano homologado é ineficaz relativamente aos mencionados créditos, não produzindo quaisquer efeitos quanto a estes (...) produzindo, contudo, os seus efeitos relativamente aos demais credores*”. Desta decisão recorreu o devedor, dizendo que, não se incluindo aqueles créditos no processo especial de revitalização, os efeitos práticos do mesmo ficarão muito limitados, gerando instabilidade e pondo em causa o sucesso do mesmo, mais adiantando que solução inversa criaria desigualdade entre trabalhadores. Ademais, a indemnização de antiguidade reporta-se a trabalho prestado anteriormente, nada obstando a que créditos decorrentes da cessação do contrato, como créditos sob condição suspensiva, se incluam no plano, sendo que a baliza temporal para efeitos de determinação de quais os créditos abrangidos pelo plano

⁴² NUNO SALAZAR CASANOVA e DAVID SEQUEIRA DINIS afirmam que “o crédito deve ser atendido no PER pelo valor estimável em euros à data do despacho judicial de nomeação de administrador judicial provisório (...) Os créditos, para serem reclamados, têm de existir, ou seja, têm de estar constituídos. Não são, portanto, reclamáveis créditos futuros”. Os autores identificam esta como sendo, aliás, “uma das grandes fragilidades do PER”. *Op. cit.*, p. 55.

⁴³ Conforme doutrina referida acima.

deveria ser o trânsito em julgado da sentença de homologação. Ora, o Tribunal Superior veio a confirmar a decisão da primeira instância, concluindo o seguinte: “*Os créditos relevantes para o PER são aqueles que se considerem constituídos até ao termo do prazo para a reclamação de créditos. Por outras palavras, os créditos existentes*”. Conclui, ainda, que a sentença recorrida não merece censura, sumariando: “*Os créditos dos trabalhadores, por cessação do contrato de trabalho, constituídos após o decurso do prazo da reclamação de créditos, não podem ser considerados no plano de revitalização elaborado no âmbito do PER – Processo Especial de Revitalização. (...) O crédito dos trabalhadores por cessação do contrato de trabalho, antes desta ocorrer, não podem, obviamente, considerar-se créditos sob condição suspensiva*”.

No mesmo sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17-12-2014, relatado por Eduardo Petersen Silva, que conclui que “*Apesar de o plano de recuperação prever a necessidade de redução de pessoal e o pagamento em prestações das compensações devidas aos trabalhadores abrangidos pelo despedimento coletivo, tal forma de pagamento não é oponível aos créditos constituídos em momento posterior à sua aprovação. II – A não disponibilização dos montantes da compensação devida determina a ilicitude do despedimento*.”

Também a Relação de Évora, em decisão de 19-12-2013, relatada por José Feteira, no âmbito de providência cautelar de suspensão de despedimento coletivo, decidiu que, numa hipótese de despedimento coletivo levado a cabo depois da entrada do processo especial de revitalização, havendo uma comunicação da decisão que informa que a compensação será paga em prestações, nos termos do processo especial de revitalização e ao abrigo do art. 363º, n.º 5, do CT, e não sendo a compensação paga com a cessação do contrato, o despedimento deverá ser considerado ilícito, determinando-se a sua suspensão.

Logo, o que está em causa é a articulação da forma de pagamento dos créditos decorrentes de cessação do contrato de trabalho por despedimento coletivo com o processo especial de revitalização.

Em primeiro lugar, cumpre denotar que temos dois regimes em confronto: o regime do processo especial de revitalização (próprio do Direito da Insolvência e da Recuperação de Empresas) e o procedimento inerente ao despedimento coletivo, regulado pelo Direito do Trabalho.

Ora, de acordo com o art. 363º, n.º 5, do CT, a compensação devida em caso de despedimento coletivo deverá, em regra, ser colocada à disposição dos trabalhadores até ao termo do prazo do aviso prévio a que se refere o n.º 1 do mesmo preceito, ou seja, até ao efetivo termo do contrato. Exceciona-se, todavia, a “*situação prevista no artigo*

347º ou regulada em legislação especial sobre recuperação de empresas e reestruturação de sectores económicos”. Sendo assim, poderá em processo especial de revitalização recorrer-se à exceção do n.º 5 do art. 363º do CT? Caberá na redação da norma o processo especial de revitalização?

Se é certo que à data de redação deste preceito este processo não existia, parece-nos todavia que terá de ser admitida a sua inclusão no âmbito que a norma terá pretendido abranger. O mesmo sucede com outras normas em que a lei se refere a “*empresa em situação económica difícil ou (...) em processo de recuperação de empresa*”, como acontece no n.º 3 do art. 298º do CT, relativamente à aplicação do regime de redução ou suspensão dos contratos de trabalho em situação de crise empresarial (*lay off*) e à desnecessidade das empresas que estejam naquelas circunstâncias terem a sua situação contributiva regularizada (n.º 4 do mesmo preceito). No mesmo sentido devem entender-se os n.ºs 1 e 2 do art. 10º do Decreto-lei n.º 220/2006, de 03-11, que referem que se configuram como “*desemprego involuntário (...) as situações de cessação do contrato de trabalho por acordo, que se integrem num processo de redução de efectivos, quer por motivo de reestruturação, viabilização ou recuperação da empresa, quer ainda por a empresa se encontrar em situação económica difícil, independentemente da sua dimensão. 2 - Para efeitos de aplicação do número anterior considera-se: a) Empresa em situação de recuperação ou viabilização, aquela que se encontre em processo especial de recuperação, previsto no Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e Falência, bem como no Código da Insolvência e Recuperação de Empresa, ou no procedimento extrajudicial de conciliação (...)*”. Destarte, a nosso ver, também nestas duas hipóteses, dos n.ºs 3 e 4 do art. 298º do CT e n.ºs 1 e 2 do art. 10º do Decreto-lei n.º 220/2006, de 03-11, que se referem apenas a título de exemplo, a redação da lei deve entender-se como abrangendo o processo especial de revitalização.

Assim, por identidade de razões⁴⁴, também a exceção do n.º 5 do art. 363º deve entender-se poder ser aplicada a estes processos. Mas como articular a aplicação da norma com o processo especial de revitalização?

Ora, cumpre referir que, se é verdade que a norma do n.º 5 do art. 363º do CT admite que o pagamento não seja feito até ao termo do aviso prévio, também é verdade que não diz de que forma pode ser pago. Como tal, à cautela, e atenta a jurisprudência do Tribunal do Trabalho de Vila Nova de Gaia que acima indicámos,

⁴⁴ Que por manifesta indisponibilidade de espaço não vamos expor neste texto.

entendemos não se dever prolongar tal pagamento para além dos seis meses após a cessação do contrato.

De qualquer forma, se conjugarmos a jurisprudência laboral e a jurisprudência civil supra referidas, a aplicação daquele preceito em situação de processo especial de revitalização parece resultar impossível!

Senão vejamos: por um lado, se os créditos decorrentes da cessação do contrato de trabalho em caso de despedimento coletivo só se vencem com a efetiva cessação do mesmo, e se os créditos a considerar no processo especial de revitalização e para efeitos de aplicação no plano têm de estar vencidos à data de entrada do processo ou até ao despacho de nomeação do AJP (jurisprudência civil), então tal implicará que o despedimento coletivo seja iniciado e terminado antes da entrada do processo, para que os créditos decorrentes das cessações dos contratos estejam vencidos e o pagamento dos mesmos possa ser incluído no plano. Todavia, por outro lado, se o processo de despedimento coletivo terminar (antes da entrada do processo especial de revitalização) sem que seja colocada à disposição do trabalhador a compensação, o despedimento será ilícito (jurisprudência laboral). Sendo assim, da aplicação conjugada das teses jurisprudenciais supra referidas resulta uma impossibilidade prática de recorrer a um pagamento faseado dos créditos laborais em situação de processo especial de revitalização, sob pena de tal prática ser ilegal.

Não podemos, pois, concordar (pelo menos não integralmente) com as aludidas interpretações jurisprudenciais. Há que atender, portanto, não só aos interesses dos trabalhadores enquanto tal, cumprindo-se as normas procedimentais atinentes ao procedimento do despedimento coletivo, normas essas imperativas (art. 339º do CT), mas também aos interesses dos trabalhadores enquanto credores da empresa, garantindo-lhes o acesso às mesmas formas de proteção garantidas a qualquer outro credor que tenha participação no processo especial de revitalização. E, de igual modo, há que tutelar os princípios subjacentes ao processo especial de revitalização, garantindo que uma determinada interpretação da legislação, demasiado rigorosa e imaleável, não obstaculize a recuperação das empresas.

Assim, na nossa opinião, desde que os créditos laborais sejam reconhecidos na lista de credores, quer por reconhecimento do próprio devedor na petição inicial do processo especial de revitalização, quer por reclamação do trabalhador, permitindo, portanto, que o trabalhador participe nas negociações e vote o desfecho do plano,

parece-nos razoável que os mesmos sejam englobados e afetados pelo plano de recuperação do devedor.

Como tal, salvo melhor opinião, se o empregador quiser pagar os créditos laborais decorrentes de despedimento coletivo em prestações, submetendo-os ao plano de recuperação, deve seguir um dos seguintes procedimentos:

a) Procede ao despedimento coletivo dos trabalhadores antes do processo especial de revitalização, sendo que neste caso os respetivos créditos já serão necessariamente vencidos à data da entrada do processo especial de revitalização (devendo ser indicados pelo devedor e podendo ser reclamados pelos trabalhadores, que farão parte do processo como qualquer credor, participando nas negociações e votando o plano) e poderão ser pagos nos termos do plano; ou, em alternativa,

b) Comunica a intenção de proceder ao despedimento coletivo aos trabalhadores abrangidos pelo mesmo (art. 360º do CT) até ao despacho de nomeação do AJP ou, no limite, durante o decurso do prazo para reclamação de créditos, permitindo que os trabalhadores reclamem os seus créditos no âmbito do processo especial de revitalização, fazendo parte do processo como qualquer credor (participando nas negociações e votando o plano) e sendo os seus créditos pagos nos termos do plano de recuperação; ou, ainda, em alternativa,

c) Não fazendo o despedimento coletivo antes destes momentos, reconhece como credores, na petição inicial de apresentação do processo especial de revitalização, os trabalhadores a abranger no despedimento coletivo, ainda que sob condição suspensiva, admitindo, como tal, que estes tenham participação e direito de voto no processo especial de revitalização e que os seus créditos sejam pagos nos termos do plano a aprovar.

Quanto à primeira e segunda posições, as mesmas apenas aparentemente contrariam a jurisprudência laboral. De facto, o juízo de ilicitude do despedimento coletivo por falta de pagamento da compensação pode ser um juízo meramente transitório, em sede de providência cautelar, e não ser confirmado em sede de processo principal, se entretanto houver inclusão dos créditos laborais no processo especial de revitalização, aprovação e homologação do plano de recuperação e cumprimento deste. A instauração de uma ação antes do termo de prazo para a impugnação do despedimento coletivo será, todavia, sempre necessária para

interromper tal prazo de caducidade, sob pena de, não sendo pago o crédito no âmbito do plano aprovado, ser impedido o acesso do trabalhador a tal impugnação⁴⁵.

Relativamente à relação destas posições com a jurisprudência civil, parece-nos que a segunda posição mereceria acolhimento em parte da jurisprudência.

Já a terceira opção delineada, que admite que créditos não vencidos à data de entrada do processo nem até ao termo do prazo para reclamação de créditos, ou seja, créditos meramente condicionais, eventuais ou potenciais, tenham o mesmo tratamento que créditos vencidos anteriormente, está em oposição com parte da jurisprudência civil que encontrámos⁴⁶. Todavia, parece-nos que esta é a solução mais adequada à compatibilização da natureza do processo especial de revitalização com os créditos laborais.

Repare-se que a tramitação do despedimento coletivo é demorada (no limite, pode atingir cerca de quatro meses de duração, atendendo à antiguidade dos trabalhadores envolvidos) e, como tal, o vencimento dos créditos laborais e da compensação derivada do despedimento coletivo, que só ocorre com a cessação do contrato, pode ocorrer meses após a comunicação inicial de despedimento. Ora, a situação financeira da empresa admite, muitas vezes, que se aguarde pelo vencimento de tais créditos para que ocorra a apresentação do processo especial de

⁴⁵ Ou seja, nas hipóteses referidas, não deve ser peticionada nem declarada a ilicitude do despedimento com fundamento na alínea c) do art. 383º do CT enquanto o processo especial de revitalização estiver pendente e for possível a homologação do plano de recuperação que englobe o pagamento de tais créditos, salvaguardando-se apenas que não decorra o prazo para impugnação de tal despedimento.

⁴⁶ Note-se que o entendimento de que apenas os créditos efetivamente vencidos (e já não os futuros ou sujeitos a condição) à data de entrada do processo, à data de nomeação do AJP ou até ao termo do prazo para reclamação dos créditos podem ser atendidos no processo e abrangidos pelo plano, é um entendimento jurisprudencial e doutrinal que não tem assento na letra da lei.

Aliás, há jurisprudência e autores que, em sentido contrário, entendem que os mesmos são admissíveis. Na jurisprudência, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25-11-2014, relatado por Cristina Coelho, admitindo até que “*se a ponderação dos elementos de que dispunha sobre tais créditos fossem no sentido da probabilidade séria de verificação plena da condição, podia atribuir os votos pelo valor correspondente ao valor nominal dos créditos*”, o que nos parece perfeitamente defensável no caso dos créditos laborais sob condição.

Na doutrina, *vd.* FÁTIMA REIS SILVA, *Processo Especial de revitalização...*, *cit.*, p. 47 e a mesma autora em «A verificação de créditos no processo de revitalização», *II Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2014, p. 265. Aliás, a autora defende que “*relewa o crédito condicional, desde que se trate de uma condição suspensiva*”, em sentido absolutamente contrário ao de NUNO SALAZAR CASANOVA e DAVID SEQUEIRA DINIS, para quem “*relativamente aos créditos decorrentes de negócio jurídico sob condição, os mesmos podem ser reclamados se a condição for resolutiva, mas já não se a condição for suspensiva*”. *Cfr. op. cit.*, p. 58.

Parece-nos que se a condição a que se sujeita a existência do crédito está na estrita dependência do próprio devedor e não de terceiros e, bem assim, se a verificação de tal condição é prevista e determinada pelo próprio plano de recuperação, não há motivos para que não se aceite a verificação de tais créditos sob condição suspensiva e o seu pagamento nos termos do plano.

revitalização. Aliás, como se sabe, o processo especial de revitalização surge, frequentemente, de forma apressada, como antecipação ou reação a potenciais ou efetivos ataques de credores ao património do devedor, através de ações executivas ou outras providências, pelo que obrigar o devedor a promover um despedimento coletivo e aguardar pelo seu termo para poder então apresentar o processo especial de revitalização é uma solução que não tem qualquer cabimento nem sentido prático.

Acresce que, a nosso ver, as soluções acima apresentadas permitirão a compatibilização das garantias e direitos dos trabalhadores com o intuito e vantagens do processo especial de revitalização para o devedor. De facto, as hipóteses aventadas garantem, na nossa opinião, por um lado, o cumprimento integral de todas as formalidades e exigências legais decorrentes do procedimento de despedimento coletivo e, por outro lado, o respeito por todas os pressupostos impostos pelo regime do processo especial de revitalização, não se opondo a qualquer norma legal nem a qualquer princípio inerente a tal processo.

Pelo contrário, caso a entidade empregadora não proceda de uma daquelas formas, então não poderá, a nosso ver, abranger os trabalhadores no plano, já que, não tendo estes sido reconhecidos como credores, não participaram nas negociações nem votaram o plano, não podendo, pois, ser abrangidos por um plano onde não tiveram qualquer interferência.

De qualquer forma, caso o plano seja aprovado com inclusão dos créditos laborais, mas sem que aos trabalhadores tenha sido dada a possibilidade de se pronunciarem e votarem, para além de colocarem em causa a licitude do despedimento, poderão os trabalhadores obter a responsabilização do devedor e dos dos administradores por informações incorretas e falta de chamada dos credores para as negociações, nos termos do art. 17º-D, n.ºs 1, 6, 10 e 11 do CIRE.

Ademais, outros problemas se colocam com os créditos não vencidos à data de entrada do processo especial de revitalização, decorrentes de cessações de contrato de trabalho posteriores a tal momento, bem como problemas com créditos vencidos mas ainda não reconhecidos judicialmente, os quais o trabalhador poderá ver-se inibido de reclamar judicialmente por via da ação laboral⁴⁷. Tal será o caso de resoluções com

⁴⁷ Designadamente, por força da interpretação jurisprudencial do art. 17º-E do CIRE: cfr., entre outros, os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto, de 18-12-2013, relatado por João Nunes, de 07-04-2014, do mesmo relator, e de 05-01-2015, da relatora Maria José Costa Pinto.

justa causa operadas pelo trabalhador posteriormente à entrada do processo especial de revitalização, mas cujos créditos sejam reclamados e reconhecidos, sendo certo que nos parece que, neste caso, tendo o trabalhador a oportunidade de participar nas negociações e votar o sucesso do plano, o seu crédito deverá ser abrangido pelo mesmo, apesar de ainda não vencido à data de entrada do processo. Quando a resolução ocorra já após a apresentação das reclamações de créditos, não sendo os créditos reconhecidos e, como tal, não participando o trabalhador nas negociações nem tendo a possibilidade de votar na aprovação do plano, então os seus créditos não poderão ser sujeitos ao pagamento nos termos do plano.

Cumpre, ainda, apreciar a possibilidade de suspensão e resolução dos contratos de trabalho por parte dos trabalhadores com fundamento na falta de pagamento das remunerações, quando haja aprovação e homologação do plano de recuperação com previsão de pagamento de tais créditos em prestações. Ora, neste caso, não nos parece que a suspensão ou resolução possa ter como causa a falta de pagamento dos créditos abrangidos pelo plano, mas poderá fundar-se noutros créditos em dívida não abrangidos pelo mesmo⁴⁸, ou noutras motivações que fundamentem a existência de justa causa para a resolução.

Ademais, em qualquer caso, estando a empresa em situação de processo especial de revitalização, parece-nos que dificilmente a falta de pagamento da remuneração poderá julgar-se culposa (nos termos e para os efeitos do n.º 2 do art. 394º e n.º 1 do art. 396º do CT).

Além disto, queremos salientar uma outra situação curiosa: imagine-se a hipótese de um trabalhador que resolve o seu contrato com justa causa antes do processo especial de revitalização, reclamando aqui os seus créditos. O reconhecimento dos seus créditos na lista não consubstancia verificação dos mesmos, servindo apenas para efeitos de votação⁴⁹. Assim, se o processo especial de revitalização não for homologado, se houver desistência do mesmo antes do seu termo, ou se houver homologação do plano mas posterior incumprimento do mesmo, que faz o trabalhador para exigir o seu crédito?

⁴⁸ Designadamente, os créditos que se tenham vencido após o despacho de recebimento do processo e nomeação do AJP.

⁴⁹ Recorde-se que a lista de credores definitiva no processo especial de revitalização releva apenas “internamente, no próprio PER, concorrendo para a formação do quórum deliberativo (...) ou para a sua confirmação”. FÁTIMA REIS SILVA, *Processo Especial de revitalização...*, cit., p. 44. Adianta ainda que “a lista definitiva não tem qualquer efeito de caso julgado (...)”. *Ibidem*, p. 45.

O trabalhador não terá, nesta hipótese, sentença laboral que reconheça o seu crédito, nem qualquer título para executar. Terá, pois, a nosso ver, de intentar necessariamente uma ação laboral (ou, no limite, uma notificação judicial avulsa que interrompa o prazo prescricional⁵⁰), mesmo na pendência do processo especial de revitalização, para que os seus créditos não prescrevam.

Finalmente, colocam-se dúvidas relativamente à instauração de processos contraordenacionais por parte da Autoridade para as Condições do Trabalho na pendência deste processo especial, por falta de pagamento de remunerações e outras prestações. Neste caso, parece-nos que os processos contra-ordenacionais não devem poder instaurar-se e devem suspender-se. Isto, por um lado, por identidade de razões com a *ratio* subjacente ao art. 17º-E do CIRE e, por outro lado, porque entretanto a dívida em causa será alvo de “reestruturação” no âmbito de plano a aprovar e homologar, pelo que o processo contraordenacional instaurado com base na falta de pagamento da dívida fica destituído de fundamento, ocorrendo uma causa de inutilidade superveniente da lide. Já nos parece admissível, todavia, a instauração de processos relativamente à falta de pagamento de créditos vencidos após o processo ou não abrangidos pelo plano de recuperação.

4. Conclusões

Recordando os dizeres do memorando, constatámos que o que se pretendia com a criação do processo especial de revitalização era *“melhor facilitar a recuperação efectiva de empresas viáveis (...) introduzir uma maior rapidez nos procedimentos judiciais de aprovação de planos de reestruturação”*.

Assim, com a severa afetação dos créditos laborais que tem sido admitida por alguns tribunais, não se estará a ir mais longe do que previsto – não estaremos a ser *mais troikistas que a troika*? Não merecerão os créditos laborais um tratamento claro e inequívoco, digno das garantias constitucional e legalmente consagradas? Não se justificará a manutenção da especial tutela conferida ao trabalhador e aos seus créditos?

⁵⁰ Claro que se poderá sustentar que se houver assunção da dívida pelo próprio devedor na petição inicial, ocorreu uma causa de interrupção da prescrição ou da caducidade por reconhecimento, nos termos dos arts. 325º e 331º, n.º 2, do CC.

Mas se não houver tal reconhecimento e o devedor se limitar a não impugnar a lista onde tal crédito é reconhecido após reclamação do trabalhador, dificilmente se poderá falar em qualquer causa de interrupção da prescrição ou caducidade.

Ou, pelo contrário, deverá legislar-se sobre a matéria, discutindo-se um novo papel para o salário e uma reconfiguração do trabalhador como mero credor da sua entidade empregadora? Ou, pelo contrário, deverá a legislação, à semelhança da legislação brasileira, determinar limites para a forma de pagamento dos créditos laborais que se considerem respeitadores da tutela constitucional dada a tais créditos?

Muito embora coloquemos estas questões de forma alternativa, entendemos que não deve haver alteração ao sistema existente, sendo perfeitamente possível, como acima adiantámos, conciliar os direitos e garantias dos credores laborais com os interesses do processo especial de revitalização, que visa a recuperação do devedor. Assim, entendemos que o sacrifício de algumas relações laborais em detrimento da manutenção de outros postos de trabalho que pode decorrer de um plano de recuperação, sendo por vezes uma medida necessária à recuperação do devedor e indispensável à subsistência do agente económico e salvaguarda do emprego dos trabalhadores “sobreviventes”, não é incompatível com a manutenção dos direitos daqueles que são afastados ou voluntariamente se apartam da empresa.

Recuperação de empresas: efeitos sobre os negócios e ações em curso*Ana Cláudia Redecker*

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** Recuperação Judicial. **2.1** Conceito e características. **3.** Efeitos da Recuperação Judicial para os Negócios e Ações do Devedor. **3.1.** Condução da Atividade Empresária. **3.1.1.** Dispensa da Apresentação de Certidão Negativa. **3.1.2** Suspensão das Ações e Execuções contra o Devedor. **3.1.3** Apresentação Mensal de Contas Demonstrativas. **3.2** Apresentação das Certidões Negativas para Concessão da Recuperação Judicial **4.** Efeitos da Concessão da Recuperação Judicial para o Devedor. **4.1** Novação. **4.2** Contratos do Devedor **5.** Conclusão. **6.** Referências.

1. Introdução

A análise da recuperação de empresas se justifica, em especial, pela ampla reforma introduzida pela Lei 11.101/2005 (LRE) a qual inseriu esse instituto no ordenamento jurídico brasileiro. A reforma é fruto da reivindicação das estruturas representativas de trabalhadores e agentes econômicos que pleiteavam soluções que resolvessem ou, pelo menos, minorassem os problemas sentidos na resolução célere e eficaz dos processos judiciais decorrentes da situação de crise econômico-financeira das empresas. A LRE não se limitou à superação pontual da deficiência da legislação revogada uma vez que introduziu um novo paradigma com o objetivo precípua de satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores. Outrossim, deu a empresa em crise uma via legal para discutir um projeto para o seu salvamento, fundindo a vontade da maioria dos credores, a qual se imporá à minoria, que, assim, perderá poderoso instrumento de pressão sobre o devedor¹ e demais credores.

¹ A expressão devedor significa o empresário, empresa individual de responsabilidade limitada ou sociedade empresária que preenche os requisitos do artigo 48 da Lei 11.101/05, *in verbis*:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

O estudo objeto do presente trabalho parte da análise objetiva das normas da Recuperação de empresas previstas na LRE que se relacionam com os efeitos a partir da distribuição do pedido de recuperação do devedor até o encerramento do processo em relação aos seus negócios e às ações em andamento.

Partimos de um panorama geral acerca da Recuperação Judicial, abordando de forma sucinta o seu conceito e as suas características.

Posteriormente tratamos dos efeitos decorrentes da distribuição, processamento e concessão da Recuperação Judicial sobre os negócios e ações do devedor buscando responder a alguns questionamentos, tais como: (a) Qual(is) as razão(ões) da concessão de um prazo de 180 dias para suspensão das ações em que o devedor é réu? (b) O referido prazo é realmente improrrogável ou comporta exceções? (c) Concedida a Recuperação Judicial as ações suspensas retomam seu curso? (d) Os contratos do devedor em Recuperação Judicial podem ser resolvidos de pleno direito com base no fato de ter sido deferido o processamento da recuperação? (e) A concessão da Recuperação Judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos (artigo 59, Lei 11.101/05), sem prejuízo das garantias. Isto significa que a novação prevista no artigo 59 é atípica?

Abordaremos as questões controversas sobre o tema a partir da análise da LRE, princípios gerais de direito, direito civil, mas também da jurisprudência pátria com o objetivo de deixar o leitor atualizado com o entendimento que tem sido adotado pelos Tribunais Brasileiros.

2. Recuperação Judicial

2.1 Conceito e características.

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

§ 1º A recuperação judicial também poderá ser requerida pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros do devedor, inventariante ou sócio remanescente.

§ 2º Tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente.

Segundo Ricardo Tepedino², “a situação de crise econômico-financeira é o estado patológico da empresa. A recuperação judicial ou extrajudicial é o meio pelo qual se administra o remédio, que é justamente o plano de recuperação. Nele consiste o tratamento com o qual se espera alcançar a cura da doença”.

O instituto da recuperação, cuja legitimidade ativa é exclusiva do devedor, na linha apresentada por Tepedino, tem como objetivo promover a viabilização da superação do estado de crise do devedor, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida por ele. Empresa entendida como uma unidade econômica produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país³. A busca do equilíbrio entre os interesses dos credores e o atendimento do interesse público e social é que vai revelar o acerto ou desacerto de determinado plano de recuperação⁴.

A Recuperação Judicial, em síntese, consiste na apresentação de um plano de reestruturação da empresa pelo devedor, por meio do qual devem ser mostrados os meios que serão utilizados para o pagamento dos credores, e dos documentos que comprovem sua viabilidade econômica. Cumpridos os requisitos mínimos (art. 48 c/c art. 51⁵, da

² Artigo publicado originalmente no Jornal Valor Econômico de 18, 19 e 20 de fev. 2005, p. E4, sob o título Aspectos do plano de recuperação judicial.

³ Cfr. Campinho, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa: O novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.

⁴ Cfr. Fazzio Júnior, Waldo. Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Atlas, 2008, p.114.

⁵ Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

a) balanço patrimonial;

b) demonstração de resultados acumulados;

c) demonstração do resultado desde o último exercício social;

d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

LRE) o Juiz profere o despacho de processamento e manda processar a Recuperação Judicial⁶.

O devedor poderá submeter à Recuperação Judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, com exceção daqueles elencados nos §§ 3º e 4º do art. 49⁷, da LRE e os créditos tributários. As dívidas contraídas após a distribuição do pedido de Recuperação Judicial não estarão submetidas à LRE.

Apresentado o plano de Recuperação, dentro de 60 (sessenta) dias a contar da publicação do despacho de processamento, os credores terão um prazo de 30 (trinta) dias para apresentar objeções ao mesmo. Caso não sejam apresentadas objeções o Plano reputar-se-á aprovado; sendo, no entanto, apresentada(s) objeção(ões), o Juiz convocará Assembleia Geral de Credores para deliberar sobre o Plano.

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

§ 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§ 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do caput deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes.

⁶ Caso o pedido de recuperação interposto pelo devedor não esteja devidamente instruído o Juiz concederá prazo para que o devedor emende a inicial ou junte o(s) documento(s) faltante(s). Cumprida(s) a(s) exigência(s) o Juiz proferirá o despacho de processamento; caso contrário, extinguirá o feito sem julgamento do mérito.

⁷ Art. 49. (...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

Na assembleia geral⁸ convocada pelo Juiz os credores irão deliberar pela aprovação ou não do plano de recuperação. Neste caso será decretada a falência do devedor, salvo a hipótese descrita no parágrafo 1º, do artigo 58⁹ da LRE, em que o Juiz poderá conceder a Recuperação Judicial mesmo tendo sido rejeitado em Assembleia Geral de Credores.

As vantagens em atribuir à aprovação ou não do plano de recuperação aos credores são evidentes, pois um magistrado não costuma ter intimidade com o *business plan*, o que faz dele um péssimo árbitro da viabilidade do plano.

O Plano de Recuperação poderá sofrer mudanças do apresentado pelo devedor na assembleia geral de credores desde que haja concordância daquele e não implique diminuição do direito dos ausentes à assembleia.

Concedida a Recuperação Judicial o art. 61, da LRE fixa o prazo de duração que o devedor permanecerá em recuperação propriamente dita colocando em práticas as medidas estabelecidas no plano aprovado, *in verbis*:

Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

O prazo fixado no *caput* do art. 61 limita no tempo o efeito processual da decisão concessiva da Recuperação Judicial, embora não esteja limitando o efeito e o alcance civil

⁸ A Assembleia conta com a participação de todos os credores sujeitos ao plano, dividido em três classes: os de natureza trabalhista, os com garantia real e os quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados. A regra para a aprovação do plano de recuperação judicial envolve quórum específico de cada uma dessas classes e se baseia em mecanismos relativamente complexos para votação e deliberação, que não serão objeto de análise deste estudo.

⁹ §1º, art. 58, LRE: *Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.*

§ 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa: I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes; II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas; III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.

§ 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado.

da mesma, ou seja, o legislador não determinou qualquer limite temporal para o plano, com exceção do pagamento do passivo trabalhista (art. 54¹⁰, da LRE)¹¹. Destarte, o processo de Recuperação Judicial pode ser encerrado por sentença e as obrigações do devedor contidas no Plano de Recuperação o suplantarem.

A concessão da Recuperação Judicial marca o início da contagem do prazo de 2 (dois) anos fixado no art. 61, da LRE e o descumprimento de qualquer obrigação durante este prazo acarretará a convolação da recuperação em falência, nos termos do art. 73¹², da LRE.

Na hipótese de o descumprimento ocorrer após o trânsito em julgado da sentença de encerramento do processo de Recuperação Judicial, o credor poderá requer a execução específica do título judicial ou, mesmo, a falência do devedor (art. 62¹³, da LRE).

3. Efeitos da Recuperação Judicial para os Negócios e Ações do Devedor

Distribuído o pedido de Recuperação Judicial o Juiz irá efetuar a análise objetiva dos requisitos fixados na LRE e, presentes os mesmos, proferirá o despacho de processamento. Este inaugura o procedimento verificatório da viabilidade da proposta para que se conclua sobre sua aprovação, como foi formulada ou modificada, ou sua rejeição e consequente falência do devedor. O despacho de processamento contém medidas administrativas e medidas judiciais propriamente ditas. Neste trabalho serão enfocadas apenas as medidas que impactam nos negócios e nas ações do devedor.

Ressalta-se que a distribuição do pedido de recuperação acarreta num efeito imediato que incide na livre disposição dos bens do devedor, pois a partir deste o devedor

¹⁰ Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.

Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

¹¹ Cfr. Mamede, Gladston. Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Atlas, 2006, 269.

¹² Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;

II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;

III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei;

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

¹³ Art. 62. Após o período previsto no art. 61 desta Lei, no caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano de recuperação judicial, qualquer credor poderá requerer a execução específica ou a falência com base no art. 94 desta Lei.

não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente¹⁴, salvo evidente utilidade reconhecida pelo Juiz, depois de ouvido o comitê¹⁵, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de Recuperação Judicial (art. 66, da LRE). Este dispositivo tem como objetivo a preservação dos interesses dos credores frente a um eventual enfraquecimento injustificado do ativo da empresa. Ressalta-se que esta restrição imposta ao devedor não impede que sejam negociados livremente os bens do ativo circulante¹⁶ da empresa.

3.1 Condução da Atividade Empresária

O devedor em Recuperação Judicial não tem suprimida sua personalidade jurídica continuando, assim existindo como sujeito apto a contrair obrigações e titularizar crédito. Permanece, regra geral, na condução dos seus negócios durante o processamento da Recuperação Judicial, sob a fiscalização do administrador judicial¹⁷ que, dentre as várias atribuições fixadas no art. 22¹⁸ da LRE, tem o poder e a competência para pedir

¹⁴ Ativo Permanente, como o próprio nome sugere, estão todas as aplicações de recursos feitas pela empresa de forma permanente (fixa), que são representadas pelos: bens adquiridos para uso da empresa, aplicações de recursos na compra de ações ou quotas de outras empresas de caráter permanente e aplicação de recursos em despesas que devam onerar o resultado de vários exercícios. (consultado em 06.10.2014 no endereço: http://www.shoji.cnt.br/apostilas/ativo_permanente_imobilizado.pdf)

¹⁵ Sobre o Comitê de Credores ver notas 19 e 20.

¹⁶ De acordo com o artigo 179, I da Lei 6.404/76 o ativo circulante é composto pelas disponibilidades, os direitos realizáveis no curso do exercício social subsequente e as aplicações de recursos em despesas do exercício seguinte.

¹⁷ Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.

Parágrafo único. Se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á, no termo de que trata o art. 33 desta Lei, o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz.

¹⁸ Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

I – na recuperação judicial e na falência:

a) enviar correspondência aos credores constantes na relação de que trata o inciso III do caput do art. 51, o inciso III do caput do art. 99 ou o inciso II do caput do art. 105 desta Lei, comunicando a data do pedido de recuperação judicial ou da decretação da falência, a natureza, o valor e a classificação dada ao crédito;

b) fornecer, com presteza, todas as informações pedidas pelos credores interessados;

c) dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos;

d) exigir dos credores, do devedor ou seus administradores quaisquer informações;

e) elaborar a relação de credores de que trata o § 2º do art. 7º desta Lei;

f) consolidar o quadro-geral de credores nos termos do art. 18 desta Lei;

g) requerer ao juiz convocação da assembleia-geral de credores nos casos previstos nesta Lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões;

informações de todo e qualquer ato que interesse ao normal andamento da recuperação, examinar-lhe a escrituração e auditar suas contas, inclusive com o auxílio de profissionais especializados. Suas atividades podem contar, ainda, com o acompanhamento do Comitê de Credores¹⁹ nos termos do disposto no artigo 27²⁰ da LRE.

Assim, tanto o administrador judicial, quanto o Comitê de Credores, se houver, não têm poder de condução dos negócios do devedor, apenas poder de fiscalização, voltado para evitar a prática de atos que desrespeitem os objetivos da Recuperação Judicial²¹.

Todavia o art. 64 da LRE prevê hipóteses nas quais o devedor ou seus administradores podem ser afastados da condução da atividade empresarial, *in verbis*:

“Art. 64. Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial, salvo se qualquer deles:

h) contratar, mediante autorização judicial, profissionais ou empresas especializadas para, quando necessário, auxiliá-lo no exercício de suas funções;

i) manifestar-se nos casos previstos nesta Lei;

II – na recuperação judicial:

a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;

b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação;

c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor;

d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do caput do art. 63 desta Lei;

(...)

¹⁹ O Comitê de Credores é um órgão facultativo que será constituído por interesse dos credores em Assembleia Geral de Credores (“Art. 35. A assembleia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre: I – na recuperação judicial: (...) b) a constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição”).

²⁰ Art. 27. O Comitê de Credores terá as seguintes atribuições, além de outras previstas nesta Lei:

I – na recuperação judicial e na falência:

a) fiscalizar as atividades e examinar as contas do administrador judicial;

b) zelar pelo bom andamento do processo e pelo cumprimento da lei;

c) comunicar ao juiz, caso detecte violação dos direitos ou prejuízo aos interesses dos credores;

d) apurar e emitir parecer sobre quaisquer reclamações dos interessados;

e) requerer ao juiz a convocação da assembleia-geral de credores;

f) manifestar-se nas hipóteses previstas nesta Lei;

II – na recuperação judicial:

a) fiscalizar a administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação;

b) fiscalizar a execução do plano de recuperação judicial;

c) submeter à autorização do juiz, quando ocorrer o afastamento do devedor nas hipóteses previstas nesta Lei, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e outras garantias, bem como atos de endividamento necessários à continuação da atividade empresarial durante o período que antecede a aprovação do plano de recuperação judicial.

²¹ Cfr. Mamede, Gladston. Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Altas, 2006, 272.

I – houver sido condenado em sentença penal transitada em julgado por crime cometido em recuperação judicial ou falência anteriores ou por crime contra o patrimônio, a economia popular ou a ordem econômica previstos na legislação vigente;

II – houver indícios veementes de ter cometido crime previsto nesta Lei;

III – houver agido com dolo, simulação ou fraude contra os interesses de seus credores;

IV – houver praticado qualquer das seguintes condutas:

a) efetuar gastos pessoais manifestamente excessivos em relação a sua situação patrimonial;

b) efetuar despesas injustificáveis por sua natureza ou vulto, em relação ao capital ou gênero do negócio, ao movimento das operações e a outras circunstâncias análogas;

c) descapitalizar injustificadamente a empresa ou realizar operações prejudiciais ao seu funcionamento regular;

d) simular ou omitir créditos ao apresentar a relação de que trata o inciso III do caput do art. 51 desta Lei, sem relevante razão de direito ou amparo de decisão judicial;

V – negar-se a prestar informações solicitadas pelo administrador judicial ou pelos demais membros do Comitê;

VI – tiver seu afastamento previsto no plano de recuperação judicial.”

Destituído o administrador do devedor²² pelo Juiz aquele será substituído na forma prevista nos atos constitutivos do devedor ou do plano de Recuperação Judicial, conforme o caso. Se o afastamento for o do devedor²³, o Juiz convocará a Assembleia Geral de Credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor, aplicando-se, no que couberem, todas as normas sobre deveres²⁴, impedimentos²⁵ e remuneração²⁶ do administrador judicial. No interregno entre o

²² Neste caso o devedor possui personalidade jurídica, ou seja, será ou uma sociedade empresária ou uma empresa individual de responsabilidade limitada.

²³ Neste caso o devedor é o empresário que desenvolve sua atividade em nome próprio. Não possui personalidade jurídica; é apenas equiparado a pessoa jurídica para fins tributários.

²⁴ Art. 23. O administrador judicial que não apresentar, no prazo estabelecido, suas contas ou qualquer dos relatórios previstos nesta Lei será intimado pessoalmente a fazê-lo no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de desobediência.

Parágrafo único. Decorrido o prazo do caput deste artigo, o juiz destituirá o administrador judicial e nomeará substituto para elaborar relatórios ou organizar as contas, explicitando as responsabilidades de seu antecessor.

²⁵ Art. 30. Não poderá integrar o Comitê ou exercer as funções de administrador judicial quem, nos últimos 5 (cinco) anos, no exercício do cargo de administrador judicial ou de membro do Comitê em falência ou recuperação judicial anterior, foi destituído, deixou de prestar contas dentro dos prazos legais ou teve a prestação de contas desaprovada.

§ 1º Ficará também impedido de integrar o Comitê ou exercer a função de administrador judicial quem tiver relação de parentesco ou afinidade até o 3º (terceiro) grau com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais ou deles for amigo, inimigo ou dependente.

afastamento do devedor e a nomeação do gestor judicial, o administrador judicial excepcionalmente exercerá as funções de gestor²⁷.

3.1.1 Dispensa da Apresentação de Certidão Negativa

Nos termos do disposto no artigo 52, II, da LRE o Juiz determinará a dispensa da apresentação de qualquer certidão negativa para que o devedor exerça suas atividades, exceto para a contratação com o Poder Público ou para o recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Desta forma, mais uma vez o legislador privilegiou determinados credores, neste caso, o Poder Público.

O art. 52, II, prescreve, ainda, que em todos os atos, contratos e documentos firmados o devedor deverá acrescentar após o seu nome empresarial, a expressão “em recuperação judicial” (art. 69, LRE). O Juiz determinará mediante ofício dirigido ao Registro Público das Empresas Mercantis (RPEM) que faça a anotação nos registros do devedor que o mesmo se encontra em processo de Recuperação Judicial. O objetivo é dar publicidade ao mercado da condição do devedor. A omissão dessas expressões implica responsabilidade civil direta e pessoal do administrador que tiver representado o devedor em recuperação no ato em que ela se verificou²⁸.

§ 2º O devedor, qualquer credor ou o Ministério Público poderá requerer ao juiz a substituição do administrador judicial ou dos membros do Comitê nomeados em desobediência aos preceitos desta Lei.

§ 3º O juiz decidirá, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sobre o requerimento do § 2º deste artigo.

²⁶ *Art. 24. O juiz fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração do administrador judicial, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes.*

§ 1º Em qualquer hipótese, o total pago ao administrador judicial não excederá 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência.

§ 2º Será reservado 40% (quarenta por cento) do montante devido ao administrador judicial para pagamento após atendimento do previsto nos arts. 154 e 155 desta Lei.

§ 3º O administrador judicial substituído será remunerado proporcionalmente ao trabalho realizado, salvo se renunciar sem relevante razão ou for destituído de suas funções por desídia, culpa, dolo ou descumprimento das obrigações fixadas nesta Lei, hipóteses em que não terá direito à remuneração.

§ 4º Também não terá direito a remuneração o administrador que tiver suas contas desaprovadas.

§ 5º A remuneração do administrador judicial fica reduzida ao limite de 2% (dois por cento), no caso de microempresas e empresas de pequeno porte.

²⁷ Cfr. Vigil Neto, Luiz Inácio. Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios – Estudos sobre a Lei nº 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.180.

²⁸ Cfr. Coelho, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 441-442.

3.1.2 Suspensão das Ações e Execuções contra o Devedor.

A LRE estabelece o prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da publicação do edital anunciando o deferimento do processamento da recuperação (§ 4º, art. 6º c/c § 1º, do art. 52, LRE), quando então se suspendem as ações e execuções contra o devedor que tiver requerido a Recuperação Judicial, ressalvadas as ações que demandarem quantia ilíquida²⁹, as referentes aos credores elencados nos §§ 3º e 4º do art. 49, da LRE e as execuções fiscais (art. 6º, § 7º³⁰, LRE). Esses credores podem fazer uso de suas ações e execuções para os recebimentos que lhe são devidos.

Ressalta-se que os credores elencados no § 3º, do art. 49, no entanto, durante o período de suspensão, não poderão retirar do devedor os bens objeto dos contratos excepcionados. Essa proibição tem como objetivo manter a atividade produtiva do devedor durante o prazo de suspensão.

Nesse sentido:

Agravo regimental. Liminar. Conflito de competência. Dúvida acerca da competência para o julgamento do pedido de recuperação judicial. Prazo de suspensão de 180 dias excedido. Contrato de compra e venda com reserva de domínio. Manutenção dos bens objeto do contrato na posse do devedor. Excesso de prazo não atribuível ao devedor. 1. Nos termos do art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005, o credor titular da posição de proprietário em contrato de compra e venda com reserva de domínio não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, sendo vedada, porém, a retirada dos bens objeto do contrato do estabelecimento do devedor, no prazo de 180 dias a que alude o art. 6º, § 4º, da mesma lei. 2. Essa proibição de retirada dos bens do estabelecimento do devedor tem como objetivo manter a atividade produtiva da sociedade ao menos até a votação do plano de recuperação judicial. 3. No caso dos autos, como o processamento da recuperação judicial foi deferido em 14.10.2010, o prazo de 180 dias previsto na Lei de Falências já se esgotou. Cumpre frisar, porém, que o escoamento do prazo sem a apresentação do plano de recuperação judicial não se deveu a negligência da suscitante, mas sim à determinação da suspensão do processo de recuperação em vista de dívida surgida acerca da competência para o julgamento do feito. 4.

²⁹ Cfr. Gladston Mamede (*in* Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Atlas, 2006, p.76) as ações que demandarem quantia ilíquida serão atraídas para o juízo da recuperação judicial após a formação do título judicial.

³⁰ Art. 6º, § 7º *As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.*

Diante disso, como não se pode imputar à sociedade recuperanda o descumprimento do prazo de 180 dias, e tendo em conta que o deferimento imediato do pedido de busca e apreensão coloca em risco o funcionamento da sociedade e o futuro plano de recuperação judicial, já que os bens objeto do contrato de compra e venda com reserva de domínio, no caso, são o "coração de uma usina de açúcar e álcool", mostra-se correta a manutenção dos referidos bens na posse da suscitante, até ulterior deliberação. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no CC 119337/MG AGRADO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2011/0241236-2; Julgado em 08/02/2012)³¹. Grifei.

As execuções fiscais também não se sujeitam a essa suspensão, com a previsão de que as Fazendas Públicas e o INSS poderão deferir o parcelamento de seus créditos em sede de Recuperação Judicial. No entanto, o Poder Judiciário tem se posicionado no seguinte sentido:

*Processual civil. Agravo regimental. Conflito de competência. Execução de custas judiciais no âmbito trabalhista. Natureza fiscal. Deferimento da recuperação judicial. Suspensão da execução fiscal. Não ocorrência. Art. 6º, § 7º, da lei nº 11.101/05, com a ressalva nele prevista. Prática de atos que comprometam o patrimônio do devedor ou excluam parte dele do processo de recuperação judicial. Impossibilidade. Possibilidade de parcelamento. Competência do juízo da recuperação judicial. Precedentes. 1. Em regra, uma vez deferido o processamento ou, a fortiori, aprovado o plano de recuperação judicial, **revela-se incabível o prosseguimento automático das execuções individuais, mesmo após decorrido o prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4, da Lei 11.101/2005.** Precedentes. (...) 3. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, **porém não é permitido ao Juízo no qual essa se processa a prática de atos que comprometam o patrimônio do devedor ou excluam parte dele do processo de recuperação judicial.** 4. Convém observar que, caso a execução fiscal prossiga, a empresa em recuperação não poderá se valer de importante incentivo da lei, qual seja, o parcelamento, modalidade que suspende a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, I do CTN). 5. O artigo 187 do CTN trata da preferência da execução fiscal sobre outros créditos habilitados e inexistente ofensa a esse dispositivo ante a concessão do parcelamento fiscal, visto que o crédito continua com seus privilégios, mas passa a ser recolhido de maneira diferida, justamente para se garantir à empresa em situação de recuperação judicial a possibilidade de adimplir a obrigação tributária de maneira íntegra 6. Agravo regimental não provido.*

³¹ Consultado em 29/09/2014 no endereço: <http://www.stj.jus.br>.

(AgRg no CC 116594/GO; AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2011/0073401-0; Julgado em 14/03/2012³²) Grifei.

O legislador se preocupou em suspender as ações que poderiam afetar a manutenção do negócio do devedor, ressaltou outras, mas na prática o judiciário, conforme ementas acima transcritas, tem valorizado o Princípio da Preservação da Empresa, ampliando algumas prerrogativas do devedor em processo de Recuperação Judicial como a manutenção em poder do devedor dos bens indispensáveis às suas atividades além do prazo “improrrogável” de 180 dias, bem como não permitindo nas execuções fiscais a prática de atos que comprometam ou excluam parte do patrimônio do devedor.

Desta forma, poderá o período de 180 dias que a empresa está “blindada” contra uma enxurrada de cobranças, dando-lhe algum fôlego para sobrevivência³³ ser prorrogado mediante decisão judicial em determinadas circunstâncias a partir da análise do caso concreto. Esta prerrogativa do devedor visa assegurar que o seu patrimônio fique afastado dos efeitos advindos de processos de execução, bem como dos outros tipos de processos que possam influenciar o desempenho das suas atividades³⁴.

Corroborando as decisões acima que ampliaram o prazo de 180 dias fixado no § 4º do art. 6º, LRE aos créditos excluídos do processo de Recuperação Judicial, transcreve-se a decisão abaixo relacionada a crédito sujeito aos seus efeitos³⁵:

*Processual civil. Conflito positivo de competência. Juízo de direito e juízo do trabalho. Recuperação judicial. Processamento deferido. Necessidade de suspensão das ações e execuções. Competência do juízo da recuperação judicial. Precedentes. 1. Uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, ao Juízo Laboral compete tão-somente a análise da matéria referente à relação de trabalho, vedada a alienação ou disponibilização do ativo em ação cautelar ou reclamação trabalhista. 2. **É que são dois valores a serem ponderados, a manutenção ou tentativa de soerguimento da empresa em recuperação, com todas as consequências sociais e econômicas daí decorrentes - como, por exemplo, a preservação de empregos, o giro comercial da recuperanda e o tratamento igual***

³² Consultado em 29.09.2014 no endereço: <http://www.stj.jus.br>.

³³ Cfr. Pinheiro, Armando Castelar; Saddi, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 210-211.

³⁴ Cfr. Souza. Marcelo Papaléo. A Lei de Recuperação e Falência e as suas consequências no Direito e no Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 175.

³⁵ Art. 49. *Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.*

aos credores da mesma classe, na busca da "melhor solução para todos" -, e, de outro lado, o pagamento dos créditos trabalhistas reconhecidos perante a justiça laboral. 3. Em regra, uma vez deferido o processamento ou, a fortiori, aprovado o plano de recuperação judicial, revela-se incabível o prosseguimento automático das execuções individuais, mesmo após decorrido o prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4, da Lei 11.101/2005. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Distrito Federal. (CC 112799/DF CONFLITO DE COMPETENCIA 2010/0117928-8; Julgado em 14/03/2011)³⁶. Grifei e sublinhe.

Destarte, da análise das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça verifica-se que o judiciário tem resguardado a tentativa de soerguimento da empresa em recuperação, com todas as consequências sociais e econômicas daí decorrentes em relação ao que determina a letra “fria” da LRE.

Entretanto, regra geral, após o decurso do prazo de 180 dias, restabelece-se o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial, salvo se aprovado o Plano de Recuperação situação que implicará novação dos créditos anteriores ao pedido e obrigará o devedor e todos os credores a ele sujeitos³⁷, não havendo assim interesse no prosseguimento de ações e execuções, salvo eventual pedido de desistência deferido pelo Juiz (§ 4º do art. 52³⁸, da LRE).

Mister ressaltar que os efeitos acima trabalhados não se aplicam aos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso do devedor, ou seja, os credores do devedor em Recuperação Judicial conservam seus direitos e privilégios contra eles (§ 1º, art. 49³⁹, LRE), tanto na fase de processamento, quanto após concedida a recuperação. Isto significa que os coobrigados, avalistas, fiadores, em regra, não poderão se valer das prerrogativas decorrentes da novação operada a partir da concessão da Recuperação Judicial e irão suportar o sacrifício direto representado pela Recuperação Judicial do devedor.

³⁶ Consultado em 29.09.2014 no endereço: <http://www.stj.jus.br>.

³⁷ Ver item 4.1.

³⁸ Art. 52, § 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembleia-geral de credores.

³⁹ § 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Assim, como frequentemente a garantia de terceiro é feita pelo(s) sócio(s) do devedor, este(s) poderá(ão) ser executado(s) após o vencimento normal da dívida. Na hipótese de pagamento, ficará(ão) sujeito(s) ao que vier a ser aprovado no Plano de Recuperação.

Nesse sentido:

*Agravo regimental no recurso especial. Recuperação judicial. Novação. Condição resolutiva. Suspensão. Não cabimento. 1. A novação operada pelo plano de recuperação fica sujeita a condição resolutiva, nos termos do art. 61 da Lei n.º 11.101/05. 2. **Não se suspendem as execuções individuais direcionadas aos avalistas de título cujo devedor principal é sociedade em recuperação judicial.** 3. Precedentes específicos desta Corte. 4. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada. 5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no REsp 1334284/MT; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2012/0145873-7; Julgado em 02/09/2014)⁴⁰. Grifei.*

*Direito civil e empresarial. Recuperação judicial. Homologação do plano. Novação sui generis. Efeitos sobre terceiros coobrigados. Extinção da execução. Descabimento. Manutenção das garantias. Arts. 49, § 1º e 59, caput, da lei n. 11.101/2005. 1. A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, caput, da Lei n. 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas "mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia", por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º). Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação sui generis e sempre sujeita a uma condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005). 2. **Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias, de regra, são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.** 3. Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n. 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que*

⁴⁰ Consultado em 02/10/2014 no endereço: <http://www.stj.jus.br>.

medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a homologação judicial. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1326888/RS; RECURSO ESPECIAL 2012/0116271-2; Julgado em 08/04/2014)⁴¹. Grifei e sublinhei.

Desta forma, de acordo com os ensinamentos de Manoel Justino Bezerra Filho⁴², se acaso o recuperando pretender a liberação dos coobrigados, deverá fazer constar tal disposição no plano de recuperação. Em tal caso, se aprovado o plano, estarão liberados os coobrigados dos credores constantes do plano, tenham ou não tais credores comparecido à Assembleia Geral de Credores, tenham ou não concordado com tal aspecto do plano, vez que o plano aprovado obriga todos os credores a ele sujeitos. Esta situação não se aplica aos credores com garantia real, pois, neste caso, o legislador estabeleceu no § 1º, do art. 50 que é necessária a sua aprovação expressa.

3.1.3 Apresentação Mensal de Contas Demonstrativas

O devedor deverá apresentar mensalmente contas demonstrativas das suas atividades ao juízo em que tramita o processo de recuperação durante todo o seu processamento, sob pena de destituição de seus administradores (inciso IV, Art. 52, LRE)⁴³.

3.2. Apresentação das Certidões Negativas para Concessão da Recuperação Judicial

O art. 57, da LRE estabelece, *in verbis*:

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos [arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966](#) - Código Tributário Nacional.

⁴¹ Consultado em 02/10/2014 no endereço: <http://www.stj.jus.br>.

⁴² In Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005-Comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 141.

⁴³ A destituição dos administradores no caso de descumprimento desta obrigação seguirá o disposto no artigo 64, da LRE. Vide item 3.1.

Conforme disposto no artigo supra transcrito, juntado aos autos do processo de Recuperação Judicial o plano de recuperação aprovado pela assembleia geral de credores ou decorrido o prazo para que eles formalizassem suas eventuais objeções sem que, entretanto, tenha ocorrido qualquer contrariedade o devedor deve apresentar as certidões negativas de débitos tributários.

É facultado ao devedor atender a exigência apresentando o que na prática se denomina de “certidão positiva com efeito de negativa”, ou seja, certidão de que conste a existência de débitos tributários ainda não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora ou cuja exigibilidade do crédito tributário encontre-se suspensa.

No entanto, a realidade demonstra que o devedor que requer a Recuperação Judicial dificilmente conseguirá apresentar as certidões negativas e/ou as certidões positivas com efeito de negativas.

O legislador consciente dessa realidade fixou norma programática no artigo 68, da LRE prevendo, *in verbis*:

Art. 68. As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS poderão deferir, nos termos da legislação específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Parágrafo único. As microempresas e empresas de pequeno porte farão jus a prazos 20% (vinte por cento) superiores àqueles regularmente concedidos às demais empresas.

Ocorre que, até a presente data não foram criadas leis específicas disciplinando as condições do parcelamento para o devedor em processo de Recuperação Judicial.

Por outro lado, a decretação da falência não é prevista para a falta de exibição das certidões porque, presume-se, não quis o legislador que a ausência de apresentação das certidões gerasse pena tão grave ao devedor, muito embora preveja que a concessão da Recuperação Judicial dependa de sua apresentação⁴⁴.

⁴⁴ Cfr. Campinho, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa: O novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 167.

Ao Poder Judiciário caberá avaliar caso a caso a situação do devedor deferindo ou não a Recuperação Judicial caso o devedor se encontre impedido de apresentar as certidões negativas ou positivas com efeito de negativas. Nesse sentido tem sido o posicionamento do judiciário:

*Direito empresarial e tributário. Recurso especial. Recuperação judicial. Exigência de que a empresa recuperanda comprove sua regularidade tributária. Art. 57 da lei n. 11.101/2005 (lrf) e art. 191-A do código tributário nacional (ctn). Inoperância dos mencionados dispositivos. Inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. 1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica". 2. O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN. 3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, **de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.** 4. Recurso especial não provido. (REsp 1187404/MT; RECURSO ESPECIAL 2010/0054048-4; Julgado em 19/06/2013⁴⁵) Grifei.*

Face ao que antecede conclui-se que o parcelamento dos créditos tributários, suspendendo a sua exigibilidade propiciaria que o devedor atendesse às exigências dos arts. 191-A do Código Tributário Nacional e 57 e 58 da LRE; como ainda não existem os elementos materiais para isso, o Judiciário Brasileiro suspendeu temporariamente essa obrigação do devedor para fins de obtenção da Recuperação Judicial.

⁴⁵ Consultado em 02/10/2014 no endereço: <http://www.stj.jus.br>.

4. Efeitos da Concessão da Recuperação Judicial para o Devedor

A partir da concessão da Recuperação Judicial o devedor iniciará a colocar em prática os remédios contemplados no Plano de Recuperação o que poderá alterar significativamente a situação da empresa, nos moldes que tenham sido previstos e aprovados para sua recuperação. Não iremos abordar estas situações, v.g., mudança de tipo societário, mudança na administração societária, cisão, fusão ou incorporação, pois a relação e a combinação delas são infinitas.

Em síntese, concedida a recuperação do devedor a sua situação patrimonial corresponderá à estrutura construída no respectivo plano recuperatório. Isso afetará não só o devedor, mas também os seus credores e negócios.

Os credores sujeitos aos efeitos do Plano de Recuperação serão atingidos, conforme o caso, pela alteração nos prazos de vencimento, nos valores dos créditos, etc..., pois o plano de Recuperação Judicial objeto de decisão concessiva por parte do Judiciário implica a novação destes e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos (art. 59, da LRE), conforme se tratará no item 4.1.

Inovação relevante introduzida pela LRE é que os créditos decorrentes de obrigações contraídas durante a Recuperação Judicial serão considerados extraconcursais no caso de o devedor falir⁴⁶. Isso estimula a injeção de capital nas empresas em dificuldade e é fundamental para que aquelas que estão em crise continuem operando. Ademais, os credores que se mantiverem como fornecedores de bens ou serviços após o pedido de Recuperação Judicial terão uma promoção no concurso de credores: passarão da qualidade de credores quirografários para credores com privilégio geral de recebimento no caso de decretação da falência⁴⁷.

Nesse sentido:

⁴⁶ Art. 67. Os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais, em caso de decretação de falência, respeitada, no que couber, a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Parágrafo único. Os créditos quirografários sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial terão privilégio geral de recebimento em caso de decretação de falência, no limite do valor dos bens ou serviços fornecidos durante o período da recuperação.

⁴⁷ Pinheiro, Armando Castelar; Saddi, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 211.

*Direito falimentar. Recurso especial. Fundamento do acórdão não impugnado. Súmula 283/stf. Classificação de créditos. Atos jurídicos praticados depois de deferido o processamento da recuperação judicial. Pedido de autofalência formulado em momento anterior à apresentação do plano de reerguimento da empresa. Reconhecimento da natureza extraconcursal dos créditos. Artigos analisados: 47, 52, 67 e 84 da lei 11.101/2005. 1- Agravo de instrumento distribuído em 7/10/2011. Recurso especial concluso ao Gabinete em 17/9/2013. 2- Controvérsia que se cinge em definir se podem ser classificados como extraconcursais créditos originários de negócios jurídicos realizados no período compreendido entre a data da protocolização do pedido de processamento da recuperação judicial e a data do pedido de falência. 3- A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado - quando suficiente para a manutenção de suas conclusões - impede a apreciação do recurso especial. 4- O ato que deflagra a propagação dos principais efeitos da recuperação judicial é a decisão que defere o pedido de seu processamento. É ele que confere, também, publicidade à situação de crise econômico-financeira da sociedade. 5- Ainda que a recuperação judicial se mostre inviável e, por qualquer motivo, seja convalidada em falência, como no particular, **é salutar reconhecer que quem negociou com o devedor a partir do momento em que se evidenciou a situação de crise - data do deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial - colaborou sobremaneira com a tentativa de reerguimento da sociedade e, portanto, deve ocupar uma posição privilegiada na fila de credores.** 6- Atribuir precedência na ordem de pagamento àqueles que participarem ativamente do processo de soerguimento da empresa, na hipótese de quebra do devedor, foi a maneira encontrada pelo legislador para compensar o incremento do risco experimentado. 7- Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1398092/SC RECURSO ESPECIAL 2013/0265793-2; Julgado em 06/05/2014)⁴⁸. Grifei e sublinhei.*

4.1 Novação

Conforme referido no item anterior a concessão da Recuperação Judicial implica na novação de todos os créditos sujeitos ao pedido. Ressalta-se, no entanto, que se trata de novação atípica, pois diferentemente da novação prevista nos arts. 360⁴⁹ c/c 364⁵⁰ ambos

⁴⁸ Consultado em 29/09/2014 no endereço: <http://www.stj.jus.br>.

⁴⁹ Art. 360. Dá-se a novação:

I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior;

II - quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor;

III - quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este.

⁵⁰ Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressaltar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

do Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002), a novação prevista no art. 59, LRE estabelece (i) que decretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressaltados os atos validamente praticados no âmbito da Recuperação Judicial (§ 2º, do art. 61, da LRE) e (ii) não altera as condições das garantias existentes (§ 1º do art. 49, LRE). Em síntese, a extinção da dívida não é completa, nem definitiva.

Nesse sentido:

*Direito civil e empresarial. Recuperação judicial. Homologação do plano. Novação sui generis. Efeitos sobre terceiros coobrigados. Extinção da execução. Descabimento. Manutenção das garantias. Arts. 49, § 1º e 59, caput, da lei n. 11.101/2005. 1. **A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei n. 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, caput, da Lei n. 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas "mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia", por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º). Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação sui generis e sempre sujeita a uma condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005). (...). (REsp 1326888/RS; RECURSO ESPECIAL 2012/0116271-2; Julgado em 08/04/2014)⁵¹. Grifei e sublinhei.***

Recuperação judicial. Homologação. Dívidas compreendidas no plano. Novação. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Protestos. Baixa, sob condição resolutiva. Cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação. 1. Diferentemente do regime existente sob a vigência do DL nº 7.661/45, cujo art. 148 previa expressamente que a concordata não produzia novação, a primeira parte do art. 59 da Lei nº 11.101/05 estabelece que o plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido. 2. A novação induz a extinção da relação jurídica anterior, substituída por uma nova, não sendo mais possível falar em inadimplência do devedor com base na dívida extinta. 3. Todavia, a novação operada pelo plano de recuperação fica sujeita a uma condição resolutiva, na medida em que o art. 61 da Lei nº 11.101/05 dispõe que o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação em falência, com o que os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas

⁵¹ Consultado em 29/09/2014 no endereço: <http://www.stj.jus.br>.

condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial. 4. Diante disso, uma vez homologado o plano de recuperação judicial, os órgãos competentes devem ser oficiados a providenciar a baixa dos protestos e a retirada, dos cadastros de inadimplentes, do nome da recuperanda e dos seus sócios, por débitos sujeitos ao referido plano, com a ressalva expressa de que essa providência será adotada sob a condição resolutiva de a devedora cumprir todas as obrigações previstas no acordo de recuperação. 5. Recurso especial provido. (REsp 1260301/DF; RECURSO ESPECIAL 2011/0136025-8; Julgado em 14/08/2012⁵²). Grifei.

Face ao que antecede verifica-se que as novações realizadas no âmbito da Recuperação Judicial são sempre condicionais. Ou seja, valem e são eficazes unicamente na hipótese de o plano de recuperação ser implementado e ser cumprido até o encerramento do processo judicial. Caso se verifique a convolação da Recuperação Judicial em falência, os credores retornam, com todos os seus direitos ao *status quo ante*⁵³.

O § 1º, do art. 59, da LRE, dispõe que a decisão que concede a Recuperação Judicial consiste em título executivo judicial que permitirá aos credores, no caso de inadimplemento do devedor de obrigações previstas no plano, depois de encerrado o processo de Recuperação Judicial (art. 63, da LRE), promover a execução da dívida pelo valor constante da recuperação ou ajuizar requerimento de falência com base no art. 94, I ou no III, letra ‘g’.

4.2 Contratos do Devedor

A Recuperação Judicial, por si só, não acarreta efeitos em relação aos contratos do devedor, pois são relacionados aos créditos existentes, mas não diretamente na continuidade dos negócios do devedor.

Em relação aos contratos a concessão da Recuperação Judicial não tem o efeito de resolução dos contratos bilaterais, salvo existência de cláusula resolutiva expressa nesse sentido.

⁵² Consultado em 30/09/2014 no endereço: <http://www.stj.jus.br>.

⁵³ Cfr. Coelho, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 440.

A inserção de cláusula resolutiva expressa nos contratos bilaterais é bastante usual. Dentre os motivos para resolução expressa está a sobrevinda Recuperação Judicial de um dos contratantes. Não há nenhum dispositivo no nosso ordenamento jurídico que vede aos contratantes se premunirem contra certas consequências da Recuperação Judicial, como a incerteza, a demora ou a dificuldade que esta produzirá relativamente à execução dos contratos, ou, ainda, certos contratos *intuitu personae*, onde se atende especialmente à pessoa do contratante e à inconveniência da sua substituição por terceiro⁵⁴. Nesse sentido:

*Agravo de Instrumento Ação de obrigação de fazer, por meio da qual a autora-agravante deseja compelir a ré a seguir executando contrato empresarial firmado entre as partes, anteriormente ao ingresso desta última em regime de recuperação judicial. Tutela antecipada corretamente indeferida, na origem. Ausentes os requisitos para concessão da liminar almejada, ao menos por ora, diante da dicção expressa de **cláusula contratual previsora de resolução expressa, no caso da ocorrência de recuperação** ou quebra de qualquer das contratantes Agravo não provido. (2062840-61.2013.8.26.0000 Agravo de Instrumento/Sociedade; Julgado em 04/09/2014 - TJ/SP⁵⁵)*

5. Conclusão

A LRE introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a Recuperação Judicial que efetivamente permitirá aos devedores em crise, cuja empresa demonstre ter viabilidade econômico-financeira, se mantenha no meio empresarial, não contaminando-o.

A Recuperação Judicial objetiva a superação da crise empresarial, permitindo a continuidade da atividade econômica para evitar a falência, tendo por finalidade, nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/2005, a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e do interesse dos credores no intuito de promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O devedor, em regra, permanecerá conduzindo os seus negócios com relativa liberdade, considerando que atuará sob fiscalização do administrador judicial e/ou comitê de credores e não poderá se desfazer do seu ativo permanente, durante um período de 02 (dois) anos, considerado como período de observação. E possui, dentro dos critérios

⁵⁴ Cfr. Mendonça, Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, v. VII, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946. p. 460.

⁵⁵ Consultado em 02/10/2014 no endereço: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>).

econômicos, total liberdade para a elaboração do plano que, no entanto, não poderá prever prazo superior a um (01) ano para o pagamento dos créditos derivados das relações trabalhistas e dos créditos decorrentes de acidentes de trabalho. Não obstante, como os meios de recuperação previstos no plano irão impor sacrifícios aos credores, o devedor deverá ponderar as medidas escolhidas, pois a aprovação ou não do plano pelos próprios credores é que definirá se o devedor irá ou não prosseguir com suas atividades visando superar a crise ou será efetivada a convolação da Recuperação Judicial em falência.

A LRE possui uma série de aspectos que merecem ser criticados como, *v.g.*, (i) a exclusão de determinados credores da sua submissão (§§ 3º e 4º do art. 49 e os créditos fiscais) e a (ii) exigência de apresentação de certidões negativas para a concessão da Recuperação Judicial. Estes dispositivos retiram as maiores e as melhores possibilidades de recuperação das empresas, pois juntos consistem no maior problema para a sua efetiva reorganização. No entanto, a jurisprudência tem conseguido minimizar os prejuízos decorrentes dos mesmos ao decidir que, (i) os credores que se enquadrem no §3º do art. 49 não podem retirar os bens objeto do contrato do estabelecimento do devedor, mesmo após vencido o prazo de 180 dias a que alude o art. 6º, § 4º, se a não apresentação do plano de Recuperação Judicial não se deveu a negligência do devedor; e (ii) ao menos imediatamente e por ora, eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 não pode constituir um ônus do devedor enquanto o legislador se fizer inerte e não entrar em vigência legislação específica que discipline o parcelamento em sede de Recuperação Judicial.

A fixação do prazo de 180 (cento e oitenta) dias de suspensão das ações e dos processos de execução do devedor (§ 4º do ar. 6º) que efetivamente confere um “fôlego” ao devedor para, aprovado o plano, executar as medidas nele contempladas e superar a crise econômica é positiva, mas o legislador poderia tê-lo estendido também aos contratos elencados nos §§ 3º e 4º do art. 49 e às execuções fiscais. Por outro lado, o judiciário, apesar da redação contemplar que o prazo de 180 dias é improrrogável, tem se pronunciado no sentido de ser incabível o prosseguimento automático das execuções individuais, mesmo depois de decorrido o referido prazo quando não se puder imputar ao devedor a não aprovação do plano neste prazo.

O fato dos credores do devedor em Recuperação Judicial conservarem seus direitos e privilégios contra eles, tanto na fase de processamento, quanto depois de concedida a recuperação, caracteriza um sacrifício direto representado pela Recuperação Judicial do devedor. A alternativa é o devedor prever no plano de recuperação a liberação dos coobrigados, pois, neste caso, aprovado o plano, os mesmos estarão liberados.

Por fim, a partir desse estudo, ratifica-se, conforme analisado, que a LRE apresenta dispositivos legais que exigem a aplicação ajustada pela jurisprudência para o efetivo atendimento aos princípios que regem a Recuperação Judicial, em especial a preservação da empresa e os seus fins sociais.

6. Referências

- Bezerra Filho, Manoel Justino. Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005-Comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- Campinho, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa: O novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Coelho, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2014.
- Fazzio Júnior, Waldo. Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Atlas, 2008.
- Mamede, Gladston. Falência e Recuperação de Empresas. São Paulo: Atlas, 2006.
- Mendonça, Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, v. VII, Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946.
- Pinheiro, Armando Castelar; Saddi, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- Souza. Marcelo Papaléo. A Lei de Recuperação e Falência e as suas consequências no Direito e no Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009.
- Tepedino, Ricardo. *In Artigo publicado originalmente no Jornal Valor Econômico de 18, 19 e 20 de fev. 2005*, p. E4, sob o título Aspectos do plano de recuperação judicial.
- Vigil Neto, Luiz Inácio. Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios – Estudos sobre a Lei nº 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

Pedido de declaração de insolvência por outro legitimado: exercício do direito de ação ou abuso de direito de ação?

Lurdes Dias Alves

Universidade Autónoma de Lisboa

Sumário: 1. Introdução: 1.1. Situação de insolvência; 1.2. Critérios de definição da situação de insolvência; 2. O pedido de declaração de insolvência por outro legitimado. 3. O direito de ação e os seus limites; 4. A litigância de má-fé; 5. O abuso de direito de ação; 6. A responsabilidade pela ação ou *culpa in agendo* no requerimento do pedido de declaração de insolvência; 7. Conclusões.

1. Introdução

O fenómeno da insolvência é muito mais que uma questão de direito, ou uma questão de economia, é também, ou sobretudo, uma questão social. A problemática da insolvência não é uma questão de sociedades comerciais, nem de comerciantes em nome individual e muito menos de consumidores, pessoas singulares, pessoas humanas com as suas virtudes e vicissitudes, é uma questão transversal a toda a sociedade.

É uma problemática que se transmite e propaga sorrateiramente, contagiando não só o insolvente, mas todos os que com este se relacionam. Repercutindo-se muitas vezes na esfera jurídica de uns pelo efeito “*dominó*” produzido através da situação de insolvência de outros.

Nas últimas quatro décadas verificou-se um acentuado desenvolvimento económico e social em Portugal, esse desenvolvimento não se processou, nem se poderia processar, sem que suscitasse problemas graves. Desde logo, o fácil acesso ao crédito que se começou a propagar nos anos 90 do século passado e quase que se democratizou em Portugal. A falta de literacia financeira dos consumidores resultou na incapacidade de previsão e avaliação dos riscos inerentes à acumulação de créditos acessíveis e “*apetecíveis*”, os quais nem sempre utilizados para financiar bens necessários, muitas vezes utilizados na aquisição de bens supérfluos.

O fácil acesso ao crédito aliado a uma sociedade que se abriu ao consumo criando e facilitando o acesso a uma abundância por vezes desmedida de novas necessidades e

desejos, levando até à adoção de novos estilos de vida, criou inevitavelmente sobreendividamento.

Mas nem só nos consumidores se verificou esta tendência, também nas empresas – nas pessoas coletivas, o fácil recurso e o acumular de créditos foi igualmente uma realidade, conduzindo do mesmo modo ao sobreendividamento. As empresas não se muniram de capitais próprios para prosseguir os seus fins sociais, recorreram às instituições financeiras para se financiarem e deste modo aumentarem o seu volume de negócios e expandirem a sua atividade, se por um lado esta atitude foi geradora de emprego, avanço tecnológico e crescimento económico, por outro lado não permitiu criar a sustentabilidade necessária de solidez dos agentes económicos¹ pelo elevado grau de sobreendividamento.

Numa situação de retração económica, o retorno económico processa-se lentamente e começam os primeiros sinais de instabilidade, da situação económica difícil à situação de insolvência pode ser um pequeno passo, contudo, nem sempre o devedor impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas, tem “*consciência*” que está perante uma situação de insolvência, considerando e acreditando que só está perante uma situação económica difícil, por tal não se apresenta à insolvência.

Pode até acontecer que efetivamente o devedor esteja somente em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, o seu credor “*sedento*” de recuperar rapidamente o seu crédito e sabendo *a priori* caso seja declarada a insolvência beneficia de privilégio creditório geral², impulsiona os mecanismos processuais ao seu dispor e intenta um pedido de declaração de insolvência.

¹Embora se tenha por agentes económicos: as pessoas singulares, individualizadas ou em famílias, que desempenham na atividade económica a função de principais consumidores de bens e serviços; as empresas, que de um modo geral se destinam à produção de bens e à prestação de serviços; o Estado, no seu papel de redistribuidor de riqueza e prestador de serviços com vista à satisfação das necessidades coletivas; e o Mundo em geral através das transações realizadas entre a economia nacional e as economias estrangeiras. Doravante, quando nos referirmos a agentes económicos, estaremos a referir-nos às empresas produtoras de bens, prestadoras de serviços, criadoras de riqueza e geradoras de emprego. Ao referirmo-nos a empresas reportamos à noção de empresa prevista no artº 5º do CIRE “... *considera-se empresa toda a organização de capital e de trabalho destinado ao exercício de qualquer atividade económica*”.

² Embora graduado em último lugar, sobre todos os bens móveis integrantes da massa insolvente, relativamente a um quarto do seu montante, num máximo correspondente a 500 UC. (artº 98º/1 CIRE).

O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) consagra que a declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito.

Nos últimos três anos assistimos a um aumento considerável do pedido de declaração de insolvência a requerimento de credores do devedor, passando estes, desde logo, a beneficiar de privilégio creditório geral, e sobre o qual têm recaído as críticas da doutrina, de forma quase unânime, se este benefício por si só não constituirá uma derrogação ao princípio “*par conditio creditorum*”. Se por um lado estimula os pedidos de declaração de insolvência, por outro lado, poderá precipitar os credores em requerimentos de insolvência extemporâneos e sem fundamento.

O objetivo deste estudo visa refletir e analisar se o direito consagrado no CIRE ao credor de requerer a declaração de insolvência de um devedor, consiste no exercício do direito de ação ou se estamos perante um abuso do direito de ação?

Sendo o direito de ação um direito fundamental que garante o acesso ao Direito e tutela judicial efetiva. Ainda assim, o direito de ação não é absoluto, uma ação não pode ser intentada dolosamente, sem quaisquer fundamentos ou com falsas alegações, apenas com o intuito de causar incomodo e causar danos. Em matéria de insolvência, o CIRE fixa a responsabilidade do requerente da declaração de insolvência quando ocorre a dedução de um pedido infundado. Ao requerer uma insolvência, o requerente pode incorrer em *venire contra factum proprium*, violando a boa-fé em que ocorre um abuso de direito de ação.

Pode também acontecer que o requerimento seja infundado, logo, ilícito. Caso haja dolo ou mera culpa, o requerente do pedido da declaração de insolvência é responsável por danos morais e patrimoniais, podendo ser ainda responsabilizado por danos emergentes e lucros cessantes.

Com o intuito de contribuir para o estudo, reflexão e progresso da ciência jurídica, procurar-se-á responder a algumas questões e dúvidas em torno de um tema que se compagina com as preocupações jurídicas – e económicas – dos nossos dias. Centrando-se a presente exposição no pedido de declaração de insolvência por outro legitimado, delimita-se o mesmo quanto às empresas – pessoas coletivas, pelo que importa definir

desde já o conceito da situação de insolvência, os critérios de definição da situação de insolvência e qual o critério estabelecido no regime jurídico português.

1.1. Situação de insolvência

O conceito de situação de insolvência surgiu com o CPEREF no seu artº 3º “*É considerada em situação de insolvência a empresa que, por carência de meios próprios e por falta de crédito, se encontre impossibilitada de cumprir pontualmente as suas obrigações.*” Com a aprovação do CIRE em 2004, a noção de insolvência não divergiu no seu todo embora com outras “*nuances*”, não obstante tenham desaparecido os conceitos de “*carência de meios próprios*” e “*falta de crédito*” e omitiu-se “*pontualmente*”, bem como a referência “*a empresa*” foi substituída por “*o devedor*”, abarcando deste modo todos os devedores, acrescentando “*vencidas*”, ainda assim, mesmo com todas as alterações verificadas até 2012, mantém-se a definição original de 2004 no nº 1 do artº 3º do CIRE: “*É considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas*”.

A omissão de *pontualmente* e o acréscimo de *vencidas* poderá de algum modo indiciar que o cumprimento das obrigações só se requer após as mesmas se encontrarem vencidas ou invés de ser cumpridas na data do seu vencimento, dando espaço ao devedor para o cumprimento em detrimento das expetativas do credor de receber na data do vencimento. Nesta mesma linha de raciocínio se centra a doutrina³:

“(...) em bom rigor, inerente à ideia do cumprimento a realização atempada das obrigações a cumprir, visto que só dessa forma se satisfaz, na plenitude, o interesse do credor e se concretiza integralmente o plano vinculativo a que o devedor está adstrito. Neste sentido, não interessa somente que (ainda) se possa cumprir num momento futuro qualquer; importa igualmente que a prestação ocorra no tempo adequado e, por isso, pontualmente”.

Analisando o nº 1 do artº 3º do CIRE, parece não se requerer o incumprimento definitivo das obrigações mas tão-somente a impossibilidade de cumprir, desde logo, se levanta a questão se essa impossibilidade de cumprimento se tem de verificar em relação

³ FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado*. 2ª Edição. Lisboa: Quid Juris, 2013. p. 83-84.

a todas as obrigações vencidas ou também se estende às obrigações assumidas, mas que o devedor pela sua situação de fragilidade financeira não tem o seu cumprimento assegurado.

Tendo em conta que o legislador no nº 4 do artº 3º do CIRE equipara a situação de insolvência meramente iminente à situação de insolvência atual – *“Equipara-se à situação de insolvência atual a que seja meramente iminente, no caso de apresentação pelo devedor à insolvência”*, depreendemos portanto que quando o devedor pela sua situação de fragilidade financeira – insolvência meramente iminente – não tem assegurado o cumprimento das obrigações por si assumidas no seu vencimento, poderá apresentar-se à insolvência. Logo, os credores ou os outros legitimados⁴ só podem requerer a insolvência do devedor após o incumprimento das obrigações vencidas. Porém, a questão que se coloca é se o devedor quando verifica que se encontra em insolvência meramente iminente tem o dever de se apresentar à insolvência nos termos do nº 1 do artº 18º do CIRE?

Equiparando o legislador o nº 4 ao nº 1 do artº 3º do CIRE, logo quando o devedor conheça a sua situação de insolvência meramente iminente tem o dever de se apresentar à insolvência, como preceitua o nº 1 do artº 18º do CIRE, em caso de não apresentação acarretará as consequências que daí advêm. Contudo, a norma não estabelece qualquer outra distinção que não seja a da insolvência meramente iminente, devendo para tal exigir que se verifique também o incumprimento da obrigação vencida.

A este propósito o Prof. Carvalho Fernandes⁵ esclarece: *“... não deixa também de ser significativo o modo como a nova lei enquadra o dever de apresentação, exatamente em conexão com o conhecimento da situação de insolvência e não, necessariamente, com o efetivo incumprimento de obrigações vencidas, diferentemente do que era visto suceder com o artº 6º do CPEREF⁶”*.

⁴ Os legitimados elencados no artº 20º do CIRE.

⁵FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Ob. Cit.* 2013. p. 84.

⁶ O artº 6º do CPEREF preceituava o dever de apresentação à falência: *“Logo que falte ao cumprimento de uma das suas obrigações, nas circunstâncias descritas na alínea a) do nº 1 do artigo 8º, deve a empresa, dentro dos 60 dias subsequentes, requerer a sua declaração de falência, salvo se, tendo razões bastantes para o fazer, optar pelo requerimento da providência de recuperação adequada.”*, as circunstâncias descritas na alínea a) do nº 1 do artº 8º do CPEREF são: *“Falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações”*.

O nº 2 do artº 3º do CIRE ao posicionar em situação de insolvência, *as pessoas coletivas e os patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma direta ou indireta, são também insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao ativo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis*, deixa de exigir o incumprimento das obrigações vencidas a estes sujeitos, bastando para o reconhecimento da situação de insolvência atual que o passivo seja manifestamente superior ao ativo⁷. Assim sendo, poderá colocar-se a questão quanto às pessoas coletivas e patrimónios autónomos, quando o devedor por falta de liquidez esteja impossibilitado de cumprir as suas obrigações no seu vencimento mas, ainda assim, o seu ativo seja superior ao passivo?

Desde logo, estabelece o nº 3 do artº 3º do CIRE as regras de avaliação da situação de insolvência nos casos em que o ativo seja superior ao passivo:

- a) *“Consideram-se no ativo e no passivo os elementos identificáveis, mesmo que não constantes do balanço, pelo seu justo valor”*
- b) *“Quando o devedor seja titular de uma empresa, a valorização baseia-se numa perspetiva de continuidade ou de liquidação, consoante o que se afigure mais provável, mas em qualquer caso com a exclusão da rubrica de trespasse”*
- c) *“Não se incluem no passivo dívidas que apenas hajam de ser pagas à custa de fundos distribuíveis ou do ativo restante depois de satisfeitos ou acautelados os direitos dos demais credores do devedor”*

1.2. Critérios de definição da situação de insolvência

A questão chave é a determinação da situação de insolvência, como atrás se disse, ser-se insolvente é encontrar-se impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas.

⁷ Segundo SERRA, Catarina – Catarina – *O Regime Português da Insolvência*. 5ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, setembro 2012. p. 36, o raciocínio do legislador é discutível: *“tanto nas sociedades por quotas quanto nas sociedades anónimas – principais entidades a que o disposto no nº2 do artº 3º se aplica – existem mecanismos (legais e estatutários) que, em detrimento da responsabilidade limitada dos sócios, fazem funcionar, de certa maneira, o “crédito pessoal”*. Basta pensar na eventual responsabilidade direta dos sócios das sociedades por quotas (cfr. Artº 198º CSC) ou nas obrigações pessoais de garantia que qualquer sócio ou acionista (sobretudo se for gerente ou administrador da sociedade) pode dispor-se assumir relativamente às dívidas sociais”

Só que a determinação desta impossibilidade deverá e terá de ser aferida em cada momento dado a sua complexidade, o que terá ser avaliada através de dois critérios: o *critério do fluxo de caixa* (Cash flow) e o *critério do balanço ou do ativo patrimonial* (Balance sheet ou asset).

O *critério do fluxo de caixa* (Cash flow) refere-se ao montante de caixa recebido e gasto por uma empresa durante um determinado período de tempo. De acordo com este critério uma empresa é insolvente logo que se torne incapaz, por falta de liquidez, de pagar as suas dívidas no vencimento das mesmas. Para o critério do fluxo de caixa é irrelevante que o ativo do devedor seja superior ao passivo.

O *critério do balanço ou do ativo patrimonial* (balance sheet ou asset) corresponde na valorização do ativo patrimonial, na análise do balanço da empresa e não somente dos fluxos de caixa. Até porque, usualmente os ativos imobiliários são escriturados contabilisticamente pelo valor histórico e não pelo justo valor, enquanto os títulos negociáveis, ou ativos mobiliários, pelo seu valor de mercado.

O critério adotado pela lei portuguesa é o critério do fluxo de caixa, senão vejamos o nº 1 do artº 3º do CIRE “*é considerado em situação de insolvência, o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas*”. Todavia, a lei admite em certos casos a adoção do critério do balanço, como é o caso do nº 2 do artº 3º do CIRE “*as pessoas coletivas e patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma direta ou indireta, são também considerados insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao ativo, segundo as normas contabilísticas aplicáveis*”.

O critério do balanço poderá revelar a eventual existência de uma situação patrimonial negativa (passivo superior ao ativo) por parte da empresa devedora. Contudo, esta situação por si só não determina necessariamente a sua insolvência. Com efeito, pode até acontecer que o devedor tenha um património líquido negativo, mas, por ter liquidez ou acesso ao crédito, consiga cumprir pontualmente as suas obrigações.

Ora, não se quer com este critério dizer que, as empresas deixam de estar sujeitas ao critério geral - o critério do fluxo de caixa. O critério do balanço funciona de forma acessória ou complementar, mas nunca em alternativa, permitindo deste modo facilitar o pedido de insolvência por parte dos credores da devedora, ou seja por outro legitimado,

logo que o balanço demonstre a manifesta inferioridade do ativo em relação ao passivo. Isto para acautelar os credores face à responsabilidade limitada dos sócios da empresa devedora⁸.

2. O pedido de declaração de insolvência por outro legitimado

Preceitua o artº 20º do CIRE que a declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas, por qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito, ou ainda pelo Ministério Público, em representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados.

A declaração de insolvência pode ser requerida quando se verificarem algum dos seguintes factos-índices:

- Suspensão generalizada do pagamento das obrigações vencidas;
- Falta de cumprimento de uma ou mais obrigações que, pelo seu montante ou pelas circunstâncias do incumprimento, revele a impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações;
- Fuga do titular da empresa ou dos administradores do devedor ou abandono do local em que a empresa tem a sede ou exerce a sua principal atividade, relacionados com a falta de solvabilidade do devedor e sem designação de substituto idóneo;
- Dissipação, abandono, liquidação apressada ou ruinosa de bens e constituição fictícia de créditos;
- Insuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito do exequente verificada em processo executivo movido contra o devedor;
- Incumprimento de obrigações previstas em plano de insolvência ou em plano de pagamentos;
- Incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de dívidas tributárias; contribuições e quotizações para a segurança social; dívidas emergentes de

⁸ Neste sentido veja-se LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito da Insolvência*. 4ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, maio 2012. p. 80 a 82.

contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato; e, rendas de qualquer tipo de locação, incluindo financeira, prestações do preço da compra ou de empréstimo garantido pela respetiva hipoteca, relativamente a local em que o devedor realize a sua atividade ou tenha a sua sede ou residência.

- Sendo o devedor pessoa coletiva ou património autónomo por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma direta ou indireta, a manifesta superioridade do passivo sobre o ativo segundo o último balanço aprovado, ou atraso superior a nove meses na aprovação e depósito das contas, se a tanto estiver legalmente obrigado.

Desde logo, qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito pode requerer a declaração de insolvência do devedor, contudo, a doutrina considera que será de negar legitimidade ao credor litigioso de requer a declaração de insolvência, não pode o credor litigioso através da declaração de insolvência recuperar a posição de credor *“que no decurso do processo pendente lhe fez perder, ou até mesmo para inquinar o efeito de decisões desfavoráveis já ali produzidas, ainda que não transitadas em julgado”*⁹.

Posição diferente tem sido acolhida pela jurisprudência¹⁰, em que se tem decidido que o titular do crédito litigioso se encontra legitimado, ao abrigo do preceituado no n° 1 do artº 20º do CIRE, para requerer a declaração de insolvência do respetivo devedor, justificando tratar-se, *“in casu”*, de legitimidade processual ou *“ad causam”*, e não se confunde com o mérito da causa a que diz respeito a existência ou inexistência do controvertido crédito.

A verificação de alguns destes factos-índices por si só não constituem uma situação de insolvência, tal como é definida no artº 3º do CIRE, ainda assim qualquer um destes factos-índices é condição suficiente para que a declaração de insolvência seja efetivamente declarada – se a presunção de insolvência não for ilidida.

⁹ Cfr. FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Ob. Cit.* 2013. p. 204.

¹⁰ Veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 29 de março de 2012 (Procº 1024/10.5TYVNG.P1.SI) do relator Fernandes do Vale e também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 16 de janeiro de 2014 (Procº 1499/13.0TYLSB.L1-8) do relator Carla Mendes, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

Com efeito, o devedor pode opor-se ao pedido de declaração de insolvência nos termos do artº 30º do CIRE, porém, não bastará ao devedor que a oposição se baseia na inexistência do facto-índice que fundamenta o pedido formulado ou a simples alegação da inexistência da insolvência, cabe ao devedor provar a sua solvência, porque o que verdadeiramente se trata é de ilidir a situação de insolvência¹¹.

Ao requerente da declaração de insolvência o CIRE (artº 21º) permite a desistência do pedido ou da instância no processo de insolvência até ser proferida sentença, exceção feita à apresentação à insolvência, dado que com a apresentação à insolvência, esta é imediatamente declarada nos termos do artº 28º do CIRE.

É nosso entendimento que a exclusão da desistência da instância por parte do devedor faz todo o sentido, funde-se na ideia que o devedor ao se apresentar à insolvência reconhece a sua situação de insolvência, a desistência acarretaria decerto um *volte-face* na relação deste com os seus credores, que ao invés de resolver o problema protelaria com tal decisão a sua resolução, sujeitando-se também às pesadas consequências do incumprimento do dever de apresentação. Do mesmo modo que a indevida apresentação à insolvência por parte do devedor, gera responsabilidade civil pelo prejuízo causado aos credores.

Com efeito, uma apresentação à insolvência indevida, logo negligente, por parte do devedor provoca a sua efetiva insolvência, incorrendo o devedor na qualificação da insolvência como culposa, correspondendo ao disposto nos artigos 186º e seguintes do CIRE e com responsabilidade criminal mormente a prevista no artº 228º do Código Penal (CP) – insolvência negligente.

Contudo, o artº 22º do CIRE *in fine* estipula que a indevida apresentação à insolvência *gera responsabilidade civil pelos prejuízos causados aos credores, mas apenas em caso de dolo*. Ora, decorre da regra geral da responsabilidade civil (artº 483º, nº 1 do Código Civil (CC)) a obrigação de indemnizar tanto em caso de dolo como em caso de negligência, apenas admitindo o CC (artº 494º) a limitação da indemnização em caso de negligência. Bem assim, o CPC no nº 2 do artº 542º (ex-artigo 456º) faz corresponder a noção de má-fé à atuação processual com dolo ou negligência.

¹¹ Caso o devedor, apesar de citado, não venha ao processo deduzir oposição, consideram-se confessados os factos alegados na petição inicial e a insolvência é declarada no dia útil seguinte ao termo do prazo de 10 dias concedido ao devedor para deduzir oposição.

Deste modo, incompreensível seria que a apresentação indevida à insolvência consubstanciasse a tipificação em termos da lei penal – insolvência negligente, e em termos cíveis apenas se sancione no caso de dolo, excluindo à partida a negligência grosseira¹².

De acordo com o acima exposto, ao credor é legítimo formular o pedido de declaração de insolvência, todavia, a dedução de pedido infundado de declaração de insolvência, gera responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao devedor, mas apenas em caso de dolo.

Assim, o legislador ao limitar a responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao devedor (e aos restantes credores), em caso de dedução de pedido infundado de declaração de insolvência, *apenas em caso de dolo*, parece querer afastar-se da regra geral da responsabilidade civil (artº 483º, nº 1 do CC) a obrigação de indemnizar tanto em caso de dolo como em caso de negligência.

Caso contrário ficariam sem garantia de proteção os direitos fundamentais, e até dos direitos de personalidade, do requerido no pedido infundado de declaração de insolvência, direitos estes tutelados constitucionalmente. Não podemos ignorar que um requerimento irrefletido ou mesmo leviano de declaração de insolvência pode “arrasar” tanto pessoalmente quanto patrimonialmente uma pessoa.

Não se diga porém, que a solução da responsabilidade civil por pedido infundado de declaração de insolvência se deva circunscrever na medida exata da letra da lei¹³, que não devemos nós distinguir o que o legislador não distinguiu, porquanto, a assim ser estaríamos a condenar a norma à inconstitucionalidade na medida em viria restringir o âmbito de proteção de direitos cuja tutela é imposta constitucionalmente ao legislador ordinário.

¹² Neste sentido a doutrina têm-se pronunciado de forma unânime que o CIRE não exclui a responsabilidade por negligência grosseira, veja-se: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*. 6ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, maio 2012. Anotação 1 ao artº 22º, p. 71; ALBUQUERQUE, Pedro de – *Responsabilidade Processual por Litigância de Má-Fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos Praticados no Processo*. Coimbra: Edições Almedina, março 2006. p. 158; FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João. *Ob. Cit.* 2013. p. 215 e também (recuando na posição anteriormente assumida) CORDEIRO, António Menezes – *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*. 3ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, janeiro 2014. p. 248 e ss.

¹³ Até porque no termos do artº 9º do CC “a interpretação não deve cingir-se à letra da lei (...) tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”.

Uma outra questão não menos importante reporta-se às decisões proferidas pelos tribunais superiores quanto à responsabilidade civil por dedução de pedido infundado de declaração de insolvência, resultando nas mais díspares decisões, vejamos: Num Acórdão do Tribunal da Relação do Porto¹⁴ (TRP) decide-se que “a dedução de pedido infundado de declaração de insolvência, ao abrigo do art.º 22.º do CIRE, deve ser feita em acção autónoma, por se reportar à responsabilidade extracontratual e extravasar a litigância de má-fé.” Num outro Acórdão do TRE¹⁵, a decisão foi a oposta circunscrevendo o pedido

¹⁴ Justifica a decisão: “Enquanto nos art.s 542º e ss. do CPC se prevê a responsabilidade processual civil por litigância de má fé, aplicável ao processo de insolvência por força do disposto no art.17º do CIRE, no art.22º do CIRE prevê-se uma situação de responsabilidade civil extracontratual, por dedução de pedido infundado de declaração de insolvência.

Voltando-nos, agora, para a situação em apreço, e não obstante a referência na petição inicial ao art.542º do CPC, resulta da mesma (...) pretender a A. o pagamento de uma indemnização pelos prejuízos alegadamente sofridos em consequência da dedução de pedido infundado de declaração de insolvência - isto sem prejuízo, naturalmente, dos poderes-deveres conferidos ao tribunal no sentido do seu eventual aperfeiçoamento.

Devia, por isso, a A. deduzir tal pretensão em acção autónoma. Situação que - não obstante ter sido requerida a sua apensação ao processo onde foi requerida a declaração de insolvência da A. - os autos traduzem. Não se verificando, assim, a preclusão do direito invocado.” Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 22 de setembro de 2014 (Procº 446/13.4TBMCD.P1) do relator Abílio Costa, disponível em: www.dgsi.pt

¹⁵ O Acórdão justifica as linhas orientadoras que conduziram a tal decisão “E é isso que consta precisamente do ponto 13 do Preâmbulo do diploma, ao referir: “Uma das causas de insucesso de muitos processos de recuperação ou de falência residiu no seu tardio início, seja porque o devedor não era suficientemente penalizado pela não atempada apresentação, seja porque os credores são negligentes no requerimento de providências de recuperação ou de declaração de falência, por falta dos convenientes estímulos”.

O favorecimento do desencadeamento do processo por parte dos credores traduziu-se assim na extensão e aperfeiçoamento do elenco de factos que podem servir de fundamento ao pedido de declaração da insolvência, na concessão ao credor requerente de um privilégio mobiliário geral e na limitação temporal de privilégios dos credores públicos.

E sendo certo que a responsabilização por dedução infundada de pedido de insolvência funciona como elemento dissuasor de requerimentos efectuados sem fundamento, não é menos verdade que a limitação dessa responsabilidade aos casos de dolo surge com o objectivo de tal não constituir travão a que os credores desencadeiem processos de insolvência, assim se obviando às antes habituais desvantagens do início tardio do processo falimentar.

Assim diagnosticado o problema, como é que a sua solução se coadunaria com um regime que facilitasse uma penalização do requerente do pedido infundado logo com base na negligência? Sendo esta, afinal, a ratio do preceito, não faz qualquer sentido, nem o legislador o quis, manter a aplicação dos dois regimes ao mesmo tempo, sendo que o geral da litigância de má-fé (com o dolo e a negligência grosseira) inutilizaria por completo a razão de ser do especial (que sanciona só pelo dolo).

E como harmonizar um regime com o outro?

Por exemplo, no nosso caso, aplicava-se à recorrente uma multa e dava-se uma indemnização à recorrida com base no dolo ou na negligência grosseira, nos termos do artigo 456.º (ou 542.º) do CPC e, ao mesmo tempo, arbitrava-se-lhe outra indemnização com base no dolo, nos termos do artigo 22.º do CIRE?

Duas indemnizações com base na mesma actuação e prejuízos?

Não cremos que houvesse harmonia no sistema com um tal regime.” Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 13 de março de 2014 (Procº 1213/13.0TBFAR-A-E1) do relator Canelas Brás, disponível em: www.dgsi.pt

infundado de declaração de insolvência a litigância de má-fé: “I. *Em processo de insolvência, quando o pedido seja tido por infundado, tem aplicação o regime sancionatório especial previsto no artigo 22.º do CIRE – menos lato, porque abrange só o dolo – e não também o regime sancionatório geral previsto para a litigância de má-fé no artigo 542.º do actual CPC – mais lato, por abranger tanto o dolo como a negligência grosseira.*

II. *E isso porque a ideia foi prever um regime especial que não inibisse o credor ou o próprio devedor de requerer ou se apresentar à insolvência, sem o receio de vir a ser rudemente sancionado no caso de o Tribunal não deferir a pretensão e não declarar a requerida insolvência.*”

Tendo em conta a unicidade do processo de insolvência¹⁶, estranha-se pois, que a responsabilidade civil pela dedução do pedido infundado de declaração de insolvência seja deduzida em ação autónoma.

Ainda que a responsabilidade civil seja decidida por apenso ao processo de insolvência, assistimos porém às mais diversas decisões e soluções adotadas, veja-se pois a decisão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC)¹⁷: “I. *A responsabilidade civil a que alude o artigo 22º do CIRE não pode deixar de ter em conta qualquer das modalidades de dolo – directo, necessário e eventual. II. Não se verificando a situação legal enunciada no artigo 3º do CIRE nem qualquer dos requisitos vazados no artigo 20º do CIRE, não pode deixar de considerar-se infundado o pedido de declaração de insolvência. III. A declaração infundada do pedido de declaração de insolvência é geradora de responsabilidade civil na modalidade de danos patrimoniais e não patrimoniais*”.

¹⁶ O processo de insolvência é um processo único, o qual inclui todos os incidentes, apensos e recursos, tem carácter urgente e goza de precedência sobre todo o serviço ordinário do Tribunal nos termos do nº 1 do artº 9º do CIRE, pela sua natureza urgente, o processo de insolvência corre mesmo durante as férias judicial, nos termos do nº 1 *in fine* do artº 138º do CPC aplicável subsidiariamente por força do artº 17º do CIRE.

¹⁷ Sendo a decisão justificada: “Sobre a possibilidade de centrar a figura do enriquecimento ilícito por referência aos pressupostos do dever de indemnizar, diremos que o artigo 22º do CIRE é expresse quanto ao facto gerador de responsabilidade civil – pedido infundado de declaração de insolvência – nada impedindo que no âmbito desta responsabilidade civil e se verificados os pressupostos se apurem factos capazes de integrar a figura do dano não patrimonial (artigos 483º e 496º do CC) e dano patrimonial (artigos 483º, 562º, 563º, 564º e 566º, todos do CC) e que em consequência a parte seja condenada, como foi, a ressarcir os danos que a sua conduta provocou na requerida/apelada”. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 19 de fevereiro de 2013 (Procº 1194/09.5TBVNO.C1) do relator Jacinto Meca, disponível em: www.dgsi.pt

3. O direito de ação e os seus limites

Consagra o artº 20º da Constituição da República Portuguesa (CRP), o acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva¹⁸, por seu turno, o Código do Processo Civil (CPC) estipula a proibição de autodefesa no seu artº 1º, garantindo de seguida o acesso aos tribunais¹⁹ (artº 2º CPC) em conformidade com os direitos fundamentais inerentes à ideia de Estado de direito, direitos fundamentais que se encontram totalmente alicerçados no nosso direito e no sentimento geral.

Assim, o ordenamento jurídico atribui o direito de obter, em prazo razoável e mediante um processo equitativo, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão do requerente, fazendo corresponder a todo o direito substantivo – uma ação. O direito de ação judicial surge deste modo como um direito potestativo, ou seja, um direito de, mediante a atuação do seu titular, desencadear efeitos de Direito.

A jurisprudência²⁰ tem neste sentido entendido:

“ - *A nota típica do abuso do direito reside na utilização do poder contido na estrutura do direito para a prossecução de um interesse que exorbita do fim próprio do direito ou do contexto em que ele deve ser exercido;*

- *A responsabilidade civil pode ocorrer no âmbito da litigância de má-fé ou a responsabilização do agente pode ser o epílogo normal daquele que abuse do direito de acção;*

¹⁸ O direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva é um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível da protecção de direitos fundamentais, sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de direito. É certo que carece de conformação através da lei, ao mesmo tempo em que lhe é congénita uma incontornável dimensão prestacional a cargo do Estado, no sentido de colocar à disposição dos indivíduos, uma organização judiciária e um leque de processos garantidores da tutela judicial efectiva. Não é suficiente garantia o direito de acesso aos tribunais ou o direito de acção. A tutela através dos tribunais deve ser efectiva. O princípio da efectividade postula, desde logo, a existência de tipos de acções ou recurso adequados (cfr. artº 2º-2), tipos de sentenças apropriadas às pretensões de tutela deduzida em juízo e clareza quanto ao remédio ou acção à disposição do cidadão, Cfr. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa, Anotada*. Vol. I. 4ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, janeiro 2007. p. 408 e ss.

¹⁹ Sobre o exercício do direito de acção, dizem-nos FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui – *Código do Processo Civil Anotado*. Vol. 1º. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, janeiro 2008, que “o direito de acção exerce-se mediante a dedução de pretensões (...) pelas quais o autor (...) se afirma titular de um direito ou outro interesse legítimo e, consequentemente, solicita uma providência processual para a respectiva tutela”.

²⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 13 de julho de 2010 (Procº 1259/08.0TVLSB.L1-8) do relator Ilídio Sacarrão Martins, disponível em: www.dgsi.pt.

- Porém, independentemente da verificação de qualquer uma daquelas figuras, o exercício do direito de acção pode envolver responsabilidade civil nos termos gerais, no âmbito da denominada culpa *in agendo*;
- O direito de acção é um dos vários direitos que está compreendido no direito fundamental de acesso aos tribunais (artº 20º da C.R.P.);
- O direito de acção é um direito subjectivo autónomo e distinto do direito material que se pretende fazer actuar em juízo, pelo que o seu exercício não está dependente de qualquer requisito prévio de demonstração da existência do direito substancial.”

Contudo, o direito de acção acarreta inevitavelmente um reverso deste mesmo direito – a sujeição à acção. Sendo certo que todas as pessoas e a todo o momento, podem ser demandadas independentemente do motivo ou por que intentou a acção. Sabendo que uma acção pode ser intentada dolosamente, sem quaisquer fundamentos ou com falsas alegações, apenas com o intuito de incomodar e causar danos ao demandado, logo, o direito de acção não é um direito absoluto.

A coberto do exercício formal do direito de acção, podemos não raras a vezes constatar que o titular da acção prosseguiu um meio idóneo para violar os direitos e interesses protegidos da contraparte, tais como: o direito à honra, ao bom nome e à reputação, por tal o ordenamento jurídico sentiu necessidade de estabelecer limites ao direito de acção, se *a priori* a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, *a posteriori* o desrespeito por esses mesmos limites conduz inevitavelmente o titular da acção a incorrer em abuso de direito.

O Prof. Menezes Cordeiro²¹ classifica os limites ao direito de acção como: limites “*intrínsecos*” e limites “*extrínsecos*”. Exemplifica quanto aos limites “*intrínsecos*”: “*uma pessoa afiança não ir intentar uma acção e, depois, intenta-a mesmo*”, quanto aos limites “*extrínsecos*” diz-nos que “*no decurso de uma acção ocorrem numerosos deveres: instrumentais e de fundo. Tais deveres podem ser violados, com dolo ou mera negligência, de modo a causar adequadamente danos a outrem*”.

²¹ CORDEIRO, António Menezes – *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa “In Agendo”*. Ob. Cit. p. 38 e ss.

Centrando-nos no objeto do presente estudo, e sabendo que a violação ou ultrapassagem dos limites do direito de ação conduz inevitavelmente à ilicitude – fonte geradora de responsabilidade civil.

Importante, afigura-se-nos, será distinguir se a ilicitude por um pedido infundado de declaração de insolvência deverá ser sancionada pelo instituto da litigância de má-fé ou pelo instituto do abuso de direito de ação.

4. A litigância de má-fé

“A litigância de má-fé surge como um instituto tipicamente processual e que permite, no momento, velar por alguns valores do processo; por si, não é capaz de ressarcir os prejudicados por danos ilícitos causados pelo exercício do direito de ação.”²²

O Direito Português desenvolveu o instituto da litigância de má-fé, o CPC estabelece que, *“tendo litigado de má-fé, a parte é condenada em multa²³ e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir”*.

A multa é fixada dentro dos limites estabelecidos no Regulamento das Custas Processuais. Já a indemnização consiste, por força do disposto no artigo 543º do CPC, no reembolso das despesas a que a má-fé do litigante tenha obrigado a parte contrária, incluindo os honorários dos mandatários ou técnicos; no reembolso dessas despesas e na satisfação dos restantes prejuízos sofridos pela parte contrária como consequência direta ou indireta da má-fé.

O n.º 2 do artigo 542º do CPC, por seu turno, dá-nos a noção de má-fé: *“diz-se litigante de má-fé quem, com dolo ou negligência grave, quem:*

- a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar;*
- b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitidos factos relevantes para a decisão da causa;*

²² Cfr. Tese defendida por CORDEIRO, António Menezes – *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*. Ob. Cit. p. 43.

²³ A multa é fixada dentro dos limites estabelecidos no Regulamento das Custas Processuais, nos casos de condenação por litigância de má-fé a multa é fixada entre 2 UC e 100 UC (artigo 27.º, n.º 3, do RCP).

- c) *Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação;*
- d) *Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.”*

A litigância de má-fé apresenta, assim, especificidades quanto à conduta sancionada, quanto à culpa e quanto às consequências.

Por força da base legal citada (CPC), só são ilícitas as atuações previstas no n.º 2 do referido artigo 542.º. Quanto à culpa, aspeto que interessa particularmente assinalar, o artigo 542.º do CPC apenas castiga o litigante de má-fé que atue com dolo ou com negligência grave. Por outro lado, a sanção prevista, isto é a multa, não depende da existência de danos causados à outra parte.

Preceitua ainda o artº 542º do CPC que independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admitido recurso, em um grau, da decisão que condene por litigância de má-fé.

Neste sentido, têm vindo os tribunais superiores a clarificar a aplicabilidade do instituto da litigância de má-fé²⁴:

“I – O instituto da litigância de má-fé deverá ser aplicado com ponderada parcimónia, reservando-se a sua (gravosa) utilização para comportamentos que representem manifestamente o exercício abusivo do direito de acção ou de defesa, sendo o princípio geral a observar neste tocante, emanante do próprio direito de acção, o de que o processo deve proporcionar às partes a ampla e incondicionada possibilidade de dirimir, com intensidade, liberdade e abrangência, as suas razões de facto e de direito, segundo um espírito de razoabilidade e equilíbrio, mas igualmente sem inibições, peias ou constrangimentos, que possam eventualmente advir do receio de futuras penalizações, assentes no entendimento que o Tribunal vier a adoptar sobre os temas em discussão.

II - O instituto da litigância de má-fé deve ser, deste modo, reservado, em moldes relativamente apertados e excepcionais, para as condutas processuais inequivocamente inadequadas ao exercício de direitos ou à defesa contra pretensões, assentando num

²⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 23 de março de 2010 (Procº 47/09.1TNLSB.L1-7) do relator Luís Espírito Santo, disponível em: www.dgsi.pt.

critério semelhante ao que se encontra subjacente à figura do abuso de direito, genericamente, consagrada no artº 334º, do Código Civil.

III - A susceptibilidade da condenação da parte como litigante de má-fé não tem propriamente a ver com a natureza do processo em causa mas, antes e primordialmente, com a imprescindível segurança do julgador quando afirma que a parte incorreu, efectivamente, numa das situações descritas no artº 456º, nº 2, do Cod. Proc. Civil, referenciadas como má-fé substancial ou instrumental.

IV - No âmbito particular dos procedimentos cautelares uma actuação processual dolosa ou gravemente negligente, com adulteração da realidade, pode tornar-se especialmente gravosa e prejudicial para o requerido que, vitimado por uma prova assente numa análise perfunctória e espelhando a mera e turva aparência da titularidade dum direito, corre o risco de se ver de imediato constrangido na plena disponibilidade do seu património, na sua esfera de actuação pessoal ou na prossecução dos seus legítimos interesses.

V - Isto, sem haver tido, muitas vezes, a mínima possibilidade de exercer o contraditório, num clima processual impregnado, à partida, da máxima urgência e dramatismo - frequentemente artificial e empolado -, contrário à serenidade e ponderação que devem constituir a imagem de marca das decisões equilibradas e justas.

VI - O dever de litigar com verdade, não procurando obter fins que se sabe serem proibidos pela lei, não depende da qualidade de autor ou réu, nem da formal autonomia dos processos judiciais em que se intervém, e muito menos da diversidade das relações jurídicas que entrecruzam os sujeitos processuais envolvidos”.

5. O abuso do direito de ação

“O abuso de direito de ação obedece aos ditames gerais dos exercícios inadmissíveis, subordinando-se ao competente regime; não é absorvido ou afastado pela litigância de má-fé e permite, nos termos gerais, fixar os limites internos do direito de ação.”²⁵

²⁵ Cfr. Tese defendida por CORDEIRO, António Menezes – *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*. Ob. Cit. p. 43.

O Código Civil vigente preceitua “*é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”²⁶.

Assim, o abuso de direito abrange o exercício de qualquer direito por forma anormal, quanto à sua intensidade ou à sua execução, de modo a poder comprometer o gozo de direitos de terceiros e a criar uma desproporção objetiva entre a utilidade do exercício do direito por parte do seu titular e as consequências que os outros têm de suportar.

Exige-se que, ao exercer o direito, o seu titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito, só deste modo estamos perante um abuso de direito.

Neste sentido diz-nos Pedro de Albuquerque²⁷: “*O abuso de direito tem natureza objectiva. Ele é independente da consciência de quem comete o apelidado ato abusivo, bastando o comportamento em si*”, e acrescenta: “*Dito de outra maneira: o abuso de direito não está dependente nem da existência de culpa do agente nem de qualquer outro elemento subjectivo, embora a presença ou a ausência desses elementos possa contribuir para a definição das consequências do abuso*”.

Reforçando a natureza objetiva do abuso de direito diz-nos o Prof. Menezes Cordeiro²⁸: “*o abuso de direito implica, sempre, uma ponderação global da situação em jogo, sob pena de se descambar no formalismo de que se pretende fugir, assim, embora sendo um instituto objetivo, a intenção das partes pode constituir um elemento a ter em conta, a mentira pode coadjuvar a aplicação do abuso por venire, a aplicação da boa-fé é mais fácil quando se esteja perante soluções de Direito estrito pouco claras, discutíveis ou em plena controvérsia*”,

Assim, retemos desde logo, as principais diferenças entre o abuso de direito e o instituto da litigância de má-fé, porquanto, o abuso de direito tem uma natureza objetiva não necessitando para a sua concretização qualquer elementos de natureza subjetiva, porém é pressuposto a existência de danos; contrariamente, a figura da litigância de má-fé depende da existência de dolo ou culpa grave, em que o elemento subjetivo é um

²⁶ Nos termos do artº 334º do CC.

²⁷ ALBUQUERQUE, Pedro de. *Ob. Cit.* p. 92 e ss.

²⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Idem. Ibidem.* p.134 e ss.

elemento constitutivo da figura, em que não se têm de verificar danos a simples obstrução à justiça e a violação dos deveres processuais é bastante para a condenação da parte.

Todavia, cumpre ter presente que em termos processuais, a litigância de má-fé é apreciada imediatamente, na própria ação, podendo, inclusive, sê-lo oficiosamente; o abuso de direito pode ser apreciado numa ação *ad hoc*.

Porquanto, o abuso de direito não está sujeito às restrições da litigância de má-fé, bastando para tal que se verifique qualquer violação da boa-fé, a qual pode ser dolosa ou negligente; exigem-se danos para a sua verificação, sendo todos os danos considerados; qualquer pessoa pode ser responsabilizada, incluindo as pessoas coletivas; mesmo que não origine responsabilidade, implica a obrigação de fazer cessar o abuso.

6. A responsabilidade pela ação ou culpa in agendo no requerimento do pedido de declaração de insolvência

“A responsabilidade civil por incumprimentos ou por factos ilícitos, perpetrados pelo exercício do direito de ação ou a coberto desse direito, segue as competentes regras e tem fins preventivos e reparadores gerais; tão-pouco é absorvido ou afastado pela litigância de má-fé e demarca, também nos termos gerais, os limites externos do direito de ação.”²⁹

O requerente do pedido infundado de declaração de insolvência, pode agir sem a prévia verificação de algum dos factos-índices constantes do n.º 1 do art.º 20.º do CIRE, logo, o requerimento é infundado, e como tal, ilícito, incorre em dolo ou mera culpa (n.º 1 do art.º 483.º do CC), e o requerente é responsável por danos patrimoniais: violação aos direitos de propriedade, de liberdade de empresa, de liberdade de trabalho e de integridade patrimonial; e por danos não patrimoniais ou danos morais: bom nome e reputação, direito à imagem, direito à intimidade da vida privada e direito à integridade psíquica.

²⁹ Cfr. Tese defendida por CORDEIRO, António Menezes – *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*. Ob. Cit. p. 43.

Em conformidade com o que acima se disse, veja-se o Acórdão do TRC³⁰: “I – A dedução de um pedido de declaração de insolvência por um credor do devedor visando pressionar este ao pagamento de determinado valor no quadro da discussão entre os dois do montante de um crédito, consubstancia um uso desviado do processo de insolvência, relativamente a um fim legítimo: propiciar a execução universal do património de um devedor impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas;

II – A dedução desse pedido de insolvência, apurando-se a não verificação de qualquer das situações elencadas nas alíneas do n.º 1 do artigo 20.º do CIRE, confere ao comportamento do credor ao requerer essa insolvência a natureza de comportamento temerário, expressando uma total indiferença pela exposição do devedor aos desvalores normalmente associados pelos diversos agentes económicos, à circunstância de alguém (concretamente uma empresa) ser sujeito a um processo de insolvência, mesmo quando esta não vem a ser decretada;

III – A temeridade desta conduta do credor e a indiferença que ela expressa quando aos resultados dela previsivelmente decorrentes para o devedor colocam tal requerimento infundado de insolvência no domínio do dolo eventual;

IV – Provocando esse requerimento infundado de insolvência danos ao devedor, designadamente referidos à percepção do mercado quanto a solvabilidade dele, deve o requerente dessa insolvência indemnizar esses danos, nos termos do artigo 22.º do CIRE e 483.º, n.º 1 do CC.”

Não será decerto correto dizer-se que o meio processualmente adequado para reagir aos danos ilícitos provocados pelas ações judiciais sem fundamento, seja, somente, o pedido de condenação em multa e em indemnização por litigância de má-fé. Até porque, o instituto da litigância de má-fé está tradicionalmente associado à origem pública, ao funcionamento oficioso e às finalidades sancionatórias e repressivas.

A *culpa in agendo* permite um maior alcance, permite o ressarcimento dos danos ilícitos que não foram contemplados na litigância de má-fé, permitindo, ainda, aprofundar ao pormenor as causas que originaram os danos ilícitos e a sua extensão.

³⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 12 de junho de 2012 (Proc.º 1954/09.7TBVIS.C1) do relator Teles Pereira, disponível em: www.dgsi.pt.

Conclui o Prof. Menezes Cordeiro³¹, de forma brilhante: *“a litigância de má-fé, quando tomada como delimitadora da responsabilidade comum, seria inconstitucional. De facto, ela deixaria sem proteção jurídica, entre outros, os direitos fundamentais referidos no artº 26º/1, que incluem o bom nome e reputação e os direitos patrimoniais privados insitos no artº 62º/1, ambos da Constituição. O problema resolve-se admitindo, ao lado dela, o livre funcionamento da responsabilidade civil, no preciso âmbito resultante dos requisitos comuns.”*

7. Conclusões

Começamos por referir na nota introdutória que, o fenómeno da insolvência é muito mais que uma questão de direito, ou uma questão de economia, é também, ou sobretudo, uma questão social. A problemática da insolvência não é uma questão de sociedades comerciais, nem de comerciantes em nome individual e muito menos de consumidores, pessoas singulares, pessoas humanas com as suas virtudes e vicissitudes, é uma questão transversal a toda a sociedade.

É uma problemática que se transmite e propaga sorrateiramente, contagiando não só o insolvente, mas todos os que com este se relacionam. Repercutindo-se muitas vezes na esfera jurídica de uns pelo efeito “dominó” produzido através da situação de insolvência de outros.

Inquestionável é o exercício do direito de ação consagrado constitucionalmente, é um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível da proteção de direitos fundamentais, sendo, por tal, inerente à ideia de Estado de Direito, direitos fundamentais que se encontram totalmente alicerçados no nosso direito e no sentimento geral.

Na verdade, a faculdade de outro legitimado requerer o pedido de declaração de insolvência, por um lado visa consciencializar o devedor do seu dever de apresentação à insolvência, por outro lado, o legitimado que requerer o pedido de apresentação à insolvência beneficia desde logo de um privilégio creditório geral, previsto no artº 98º do CIRE. Prevendo o ressarcimento do credor requecente das despesas que haja efetuado na promoção do processo de declaração de insolvência, passando a beneficiar de privilégio

³¹ CORDEIRO, António Menezes – *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”*. Ob. Cit. p. 204.

creditório geral, graduado em último lugar, sobre todos os bens móveis integrantes da massa insolvente, relativamente a um quarto do seu montante, num máximo correspondente a quinhentas unidades de conta.

Sobre este privilégio creditório entendemos que constituirá uma derrogação ao princípio “*par conditio creditorum*”, se por um lado estimula os pedidos de insolvência, por outro lado, poderá precipitar os credores em requerimentos de insolvência extemporâneos, sem fundamentos e na inobservância de quaisquer factos-índices de consubstanciem uma situação de insolvência.

Pese embora o artº 22º do CIRE determine a responsabilidade civil dos outros legitimados que deduzam um pedido infundado de declaração de insolvência, pelos prejuízos que tal requerimento infundado possa causar ao devedor e aos outros credores, a qual se aplica somente em caso de dolo ou negligência grosseira (como acima se verificou após uma interpretação extensiva da norma), a norma, por si só, serve essencialmente para dissuadir os credores mal-intencionados no requerimento de pedido de declaração de insolvência.

Diferente é sem dúvida, o uso reprovável do exercício do direito de ação para pretensões ilícitas, ainda que exercidas de forma negligente. Uma apresentação negligente à insolvência por parte do devedor, não sendo possível *a posteriori* desistência do pedido, tem como consequência a efetiva declaração de insolvência, incorrendo o devedor na qualificação da insolvência como culposa com a correspondente responsabilidade criminal - insolvência negligente.

O artº 22º do CIRE *in fine* estipula que o pedido infundado de declaração de insolvência ou a indevida apresentação à insolvência *gera responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao devedor ou aos credores, mas apenas em caso de dolo*. Ora, decorre da regra geral da responsabilidade civil (artº 483º, nº 1 do CC) a obrigação de indemnizar tanto em caso de dolo como em caso de negligência, apenas admitindo o CC (artº 494º) a limitação da indemnização em caso de negligência. Bem assim, o CPC no nº 2 do artº 542º faz corresponder a noção de má-fé à atuação processual com dolo ou negligência.

Com efeito, concluímos que o instituto da litigância de má-fé é um instituto de cariz processual, permitindo proteger os valores do processo, em que a mera obstrução da

justiça ou a violação dos deveres processuais são suficientes para que ocorra uma condenação, por si só, o instituto da litigância de má-fé não permite ressarcir os prejudicados por danos ilícitos causados pelo exercício do direito de ação.

Ao requerer uma declaração de insolvência, o requerente pode incorrer em *venire contra factum proprium*, violando a boa-fé. Há claramente abuso do direito de ação, devendo sujeitar-se às consequências que daí resultem.

Porquanto, o requerente do pedido de declaração de insolvência, pode agir sem a prévia verificação de algum dos factos-índices constantes do n.º 1 do art.º 20.º do CIRE, logo, o requerimento é infundado, e como tal, ilícito, incorre em dolo ou mera culpa (n.º 1 do art.º 483.º do CC), e o requerente é responsável por danos patrimoniais e: violação aos direitos de propriedade, de liberdade de empresa, de liberdade de trabalho e de integridade patrimonial; e por danos não patrimoniais ou danos morais: bom nome e reputação, direito à imagem, direito à intimidade da vida privada e direito à integridade psíquica.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Pedro de – **Responsabilidade Processual por Litigância de Má-Fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em Virtude de Actos Praticados no Processo**. Coimbra: Edições Almedina, março 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa, Anotada**. Vol. I. 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, janeiro 2007.

CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil IV**. 3.ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, março 2011.

_____, **Tratado de Direito Civil Português I**. Tomo I. 3.ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, setembro 2011.

_____, **Perspetivas Evolutivas do Direito da Insolvência**. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

_____, **Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa “In Agendo”**. 3.ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, janeiro 2014.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário – **Manual de Direito da Insolvência**. 4.ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, maio 2012.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, LABAREDA, João – **Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Anotado**. 2ª Edição. Lisboa: Quid Juris, 2013.

FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui – **Código do Processo Civil Anotado**. Vol. 1º. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, janeiro 2008.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Direito da Insolvência**. 4ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, maio 2012.

_____, **Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado**. 6ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, maio 2012.

SERRA, Catarina – **O Regime Português da Insolvência**. 5ª Edição. Coimbra: Edições Almedina, setembro 2012.

VIEIRA, Nuno da Costa Silva – **Insolvência e Processo de Revitalização**. Lisboa: Quid Juris, 2012.

A pessoa insolvencial no processo de insolvência – um contributo para o enquadramento dogmático do plano de insolvência

Pedro Barrambana Santos

Advogado estagiário

I – Introdução

§1 – Enquadramento do processo de insolvência

O processo de insolvência corporiza a resposta da ordem jurídica nacional para o incumprimento generalizado das obrigações creditícias de um determinado sujeito face à pluralidade dos seus credores. Superada a responsabilização pessoal do devedor inadimplente bem como a reserva subjectiva do processo de falência, a caracterização do sistema insolvencial ainda se afigura, nos dias de hoje, como uma tarefa complexa perante a dicotomia recuperação/liquidação do património insolvente.

De igual modo, o Direito da Insolvência, pela importância que tem revelado na prática, demanda da doutrina uma investigação mais aprofundada quanto aos problemas que a sua aplicabilidade gera. Noutra esfera, as novíssimas secções do comércio das instâncias centrais que resultam da nova organização judiciária poderão auxiliar, em determinadas comarcas, essa especialização ao nível da jurisprudência nacional.

Como resulta do art. 1º/1 CIRE, o processo de insolvência corresponde a um processo de execução universal do insolvente concretizado mediante a execução colectiva e total do património¹: colectiva porque deverão participar na mesma a universalidade dos credores do insolvente e total pois centra-se na integralidade do património do devedor². Este processo que materializa o património do devedor como garantia geral de todas as obrigações, em respeito do princípio *par conditio creditorum*, constitui, entre nós, um sistema concursal de rateio³ que consubstancia, dependendo da perspectiva, o pagamento parcial dos credores em igualdade de circunstâncias ou a repartição proporcional das

¹ JOÃO DE CASTRO MENDES/ JOAQUIM DE JESUS SANTOS, *Direito processual civil: Processo de Falência*, Lisboa, polic., 1982, 4 ss e 20 ss; no mesmo sentido, ainda que com terminologia diversa cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “A verificação do passivo no processo de falência” in *RFDUL XXXVI*, nº2, Lisboa, Lex, 1995, 353-369 (353).

² Assim, conforme decidido pelo TRE no ac. de 06/10/2011, proc.972/09, rel. ANTÓNIO RIBEIRO CARDOSO, “decretada a insolvência, a instância nas acções executivas pendentes apenas contra o insolvente, deve ser julgada extinta por impossibilidade superveniente da lide e não simplesmente determinada a sua suspensão”.

³ Em abstracto, o legislador poderia ter optado por um sistema de prioridade – explicável no dizer popular “quem primeiro chega primeiro se avia” - ou por um sistema de rateio do património em que se partilham as perdas entre os diferentes credores. Cf. JOÃO DE CASTRO MENDES / JOAQUIM DE JESUS SANTOS, *Falência... cit.* 12.

perdas resultantes da pressuposta insuficiência patrimonial do insolvente⁴⁻⁵.

Outra característica relevante, em resultado da aprovação da Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, respeita à determinação da finalidade do processo de insolvência. Quanto a este aspecto e não obstante a intenção legislativa revelada no sentido de reorientar o CIRE para a prevalência da recuperação sobre a liquidação – veja-se, designadamente, a exposição de motivos da Proposta 39/XII do XIX Governo Constitucional – as alterações introduzidas não lograram, no nosso entender, privilegiar a recuperação do devedor face à sua liquidação. Assim – e porque a densificação da questão mereceria, por si, uma avaliação autónoma – dir-se-á somente que a mera modificação do art. 1.º, n.º1 do CIRE não promoveu uma transformação material na regulamentação de onde se conclua a elevação do plano de insolvência a figura central do regime. Entendemos assim que foi efectuada uma mera modificação de premissas sem afectar o essencial: a finalidade do processo de insolvência é, e continua a ser, a satisfação dos credores pela forma mais eficiente possível⁶, sendo esta eficiência determinada, em função do regime estatuído, pelos próprios credores conforme se extrai da locução “*quando tal não se afigure possível*”. Por conseguinte, o sistema arquitectado cede aos credores o destino do património do insolvente e é a estes que cabe, livremente, decidir acerca da *derrogação*⁷ do regime supletivo de liquidação que poderá ser efectivada, nomeadamente, mediante a

⁴ Os vectores proporcionalidade ou igualdade entre credores apenas poderão ser considerados aplicáveis nas situações em que se verifique igualdade material, o que implica a desconsideração do mesmo princípio na presença de causas de preferência como garantias reais ou privilégios creditórios. Nestas situações, a verificação de uma qualquer causa de preferência conduz à eficácia limitada dos princípios concursais.

⁵ Acerca deste pressuposto objectivo do processo de insolvência cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “*Pressupostos Objectivos e Subjectivos da Insolvência*”, in: *Rth – Edição especial – Novo Direito da Insolvência*, Lisboa, 2005, 11-23 (14), NUNO PINHEIRO TORRES, “*O pressuposto objectivo do processo de insolvência*”, in: *DJ*, XIX, II, 2005, 165-177 e MANUEL REQUICHA FERREIRA, “*Estado de insolvência*”, in: PINTO, RUI (coord.), *Direito da Insolvência – Estudos*, Coimbra, Coimbra ed., 2011, 131-375 (200 ss.). Sobre a insolvência no âmbito do art. 249º cfr. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, “*Insolvência de não empresários e titulares de pequenas empresas*”, in: *Est. em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, Almedina, 2007, 252-276.

⁶ Como refere o ac. do TRP de 15/07/2009, proc. 6848/08, rel. SOUSA LAMEIRA, o CIRE “*entrega o poder de decisão aos credores e de certo modo regressa à ideia original do processo de falência (insolvência) como um meio para liquidar o património e simultaneamente satisfazer, pela forma mais eficiente possível, os direitos dos credores*”.

⁷ A utilização do vocábulo “*derrogação*” no art. 192º surge indubitavelmente empregue de um modo incorrecto no plano técnico-jurídico, como aliás afirmam LUÍS CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *CIRE anotado... cit.*, 635, anot. 192º. O que pretende o legislador afirmar é a possibilidade de afastamento dos comandos pelo que, em suma, encontramos-nos perante normas legais *supletivas*. Assim, deve o legislador, numa futura intervenção no diploma, proceder ao acerto técnico da expressão utilizada.

aprovação de um plano de insolvência⁸⁻⁹.

Ainda que essa intenção legislativa não tenha obtido plena consagração, o plano de insolvência consiste num instrumento jurídico pelo qual é possível regulamentar, simultaneamente, o desenvolvimento da fase executiva do processo de insolvência¹⁰ bem como as situações jurídicas substantivas subjacentes ao mesmo. A satisfação dos credores, que poderia ser obtida, em abstracto, exclusivamente através de uma tramitação imperativa estabelecida pelo legislador, foi preterida em benefício da consagração do plano de insolvência como meio alternativo de obtenção da satisfação dos credores, o qual corresponde a um modelo de regulamentação autónoma¹¹, *“um meio idóneo e eficiente para concretizar a primazia da vontade dos credores no processo de liquidação do património do insolvente”*¹².

Pois bem, se atendermos à atribuição transversal de um conjunto de prerrogativas aos credores na fase declarativa ou executiva do processo de insolvência¹³, o plano de

⁸ No nosso entender, o art. 1.º, n.º1 indica de expressamente as finalidades da insolvência se lhe forem *direccionadas* três questões: *“o que é?”*, *“para que serve?”* e *“como atinge esse fim?”*. Assim, à pergunta *“o que é?”* o preceito responde que *“o processo de insolvência é um processo de execução universal”*. De seguida, quando questionado *“para que serve?”* o preceito indica que é sua *“finalidade a satisfação dos credores”*. Por fim, quanto à forma como se efectiva o seu escopo, ou seja, *“como atinge esse fim?”*, a satisfação dos credores poderá ser atingida *“pela forma prevista num plano de insolvência”* o qual pode revestir as tradicionais modalidades⁸ ou *“quando tal não se afigure possível”* através da *“liquidação do património do devedor insolvente e [pel]a repartição do produto obtido pelos credores”*.

⁹ Neste sentido MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, 15, bem como a opinião expressa nos pareceres emitidos pela Ordem dos Advogados e pelo Conselho Superior de Magistratura durante o processo legislativo que resultou na aprovação da Lei 16/2012, disponíveis em consultados www.parlamento.pt/.

¹⁰ ISABEL ALEXANDRE, *“O processo de insolvência: pressupostos processuais, tramitação, medidas cautelares e impugnação da sentença”*, in: RMPub, 26, nº 103, Julho-Setembro, 2005, 111-150 (130) declara, num sentido que acompanhamos, que *“se retira [do nº1 do CIRE] que o plano de insolvência funciona como uma alternativa à normal liquidação do património do insolvente”* pelo que *“em suma, a fase declarativa da tramitação legal do processo de insolvência não parece poder ser derrogada por um plano de insolvência”* donde se retira o âmbito de regulamentação possível do plano de insolvência.

¹¹ Alguns autores entendem que, com base na possibilidade de derrogação das normas pelo plano de insolvência, se possibilitou uma completa desjudicialização do processo, no qual o juiz é remetido a um mero controlo de legalidade, em benefício da regulamentação imposta pelos credores – neste sentido cfr. MARIA JOSÉ COSTEIRA, *“Novo Direito da Insolvência”*, in: Rth – Edição especial – Novo Direito da Insolvência, Lisboa, 2005, 25-42 (25). Por outro lado, GISELA JORGE FONSECA, *“A Natureza Jurídica do Plano de Insolvência”*, in: RUI PINTO (coord.), *Insolvência... cit.*, 65-129 (87), n.42, entende que pela norma em causa se opera uma privatização do processo, com a consagração clara do princípio da autonomia privada no processo de insolvência, mediante a entrega da decisão sobre o destino do património do devedor insolvente aos credores.

¹² Ac. do TRG de 10/04/2012, proc. 2261/11, rel. ANA CRISTINA DUARTE, consultado em 18/05/2012.

¹³ Sobre a dicotomia entre fase declarativa e executiva do processo de insolvência, que aceitamos, cfr., ISABEL ALEXANDRE, *“O processo”... cit.*, 129 ss e MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Insolvência...cit.*, 29 ss e 209 ss.

insolvência sobressai, de modo evidente, como o instrumento derogador das normas legais supletivas por excelência. Esta especialidade da figura é, ainda, adensada pelo regime legal que delimita o seu surgimento e a enforma, bem como pelo conjunto e o âmbito de efeitos que produz, num regime que teremos oportunidade de apreciar.

O plano de insolvência corresponde, assim, a uma complexa e intrigante figura jurídica, inspirada no *Insolvenzplan*, reportada como fórmula de autocomposição dos interesses dos credores à qual se encontra associada a ideia de autonomia dos credores. No entanto, a sua natureza tem permanecido controvertida, considerando alguns autores que o plano de insolvência consubstancia uma deliberação¹⁴, ou, por outro lado, uma transacção dotada de simultânea natureza processual e contratual¹⁵.

No nosso entender, o plano de insolvência deverá ser decomposto em três núcleos, de forma a demonstrar as características que fazem desta figura um complexo problema: num primeiro núcleo podemos referir as funções do plano como regulador da tramitação processual e das relações substantivas; num segundo núcleo - de árduo enquadramento - surge a definição do sujeito que efectiva o plano de insolvência e em terceiro lugar, a explicação da actualidade dos efeitos sobre a esfera jurídica dos diferentes credores.

No plano de insolvência encontramos o cruzamento de diversas características típicas de outros institutos que se unificam em torno desta figura jurídica, dotando-a de características ímpares pelo que a apresentação de uma hipotética formulação que ouse esclarecer a natureza jurídica do plano de insolvência implica aclarar a *actualidade* dos efeitos que resultam do plano. É assim imprescindível identificar, designadamente, o processo de formação da vontade uma vez que o plano, como se sabe, vinculará universalmente os credores da insolvência independentemente de se encontrarem representados no processo. Por conseguinte, o plano corresponde a uma densa teia em que se articulam, designadamente, o princípio da relatividade das obrigações, a vontade individual dos credores e a extensão dos efeitos do plano, donde se impõe proceder à análise do regime.

§2 – Colocação do problema e delimitação do objecto

Como temos vindo a aflorar, o plano de insolvência consubstancia uma figura

¹⁴ EDUARDO SANTOS JÚNIOR, “O plano de insolvência. Algumas notas”, in: *RDir*, 138, III, 2006, 590.

¹⁵ GISELA JORGE FONSECA, *Natureza...cit.*, 122.

singular quanto à sua conformação e efeitos. Como tal, qualquer explicação dogmática terá de ser fundada na definição dos seus aspectos mais característicos.

O plano de insolvência é um acto pelo qual os credores procedem à concreta definição do modo alternativo de satisfação que se afasta do modelo supletivo, ou seja, da liquidação universal do património do devedor. Esta modelação extravasa a mera definição da tramitação processual, pelo que pode modificar sobre as posições jurídicas dos credores da insolvência (195.º/1), dentro dos limites estabelecidos pela lei ou autorizados pelo sujeito lesado (192.º/2). Assim, este acto que produz efeitos sobre as situações jurídicas dos credores emerge no âmbito do processo resultando da actividade da assembleia de credores, órgão da insolvência, a qual pode ser tomada com base numa maioria que se consideraria pouco exigente.

Assim, em face dos aspectos mencionados, a nossa investigação encontra-se orientada para responder à seguinte questão: *como é possível enquadrar dogmaticamente o plano de insolvência enquanto acto de vontade pelo qual se opera a autocomposição de litígios neste processo de execução universal considerando, designadamente, a amplitude dos efeitos que produz*¹⁶?

II – A regulamentação da fase executiva do processo pelo plano de insolvência

§1– Caracteres específicos do regime jurídico do plano de insolvência

O plano de insolvência surge sistematicamente enquadrado na fase executiva do processo, o que conduz à qualificação da sentença de declaração de insolvência do devedor objecto do processo, nos termos do art. 36º, como pressuposto objectivo do plano de insolvência.

A lógica subjacente a este pressuposto é transposta da existente na relação entre acção declarativa e executiva: uma vez assente o direito, a insolvência, é possível atacar o património do devedor¹⁷. Assim, se a função do plano é adaptar a fase executiva do

¹⁶ Focar-nos-emos exclusivamente no plano de insolvência enquanto acto intraprocessual. Nessa medida, descartamos a análise do plano aprovado em sede de processo especial de revitalização ou celebrado extrajudicialmente nos termos do art. 17º-I. Assim, o presente ensaio centrar-se-á em três aspectos-chave do regime jurídico: a vontade para a formação do plano de insolvência, a assembleia de credores enquanto centro de vontade para o plano bem como a existência deste enquanto negócio processual.

¹⁷ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva depois da reforma da reforma*, 5ª, Coimbra, Coimbra ed., 2009, 20.

processo, carece da declaração prévia do direito, isto é, a emissão da sentença declaratória de insolvência que, entre outros aspectos, certifica o estado de insolvência¹⁸ e legitima a execução das providências materiais ou jurídicas conducentes à satisfação dos credores¹⁹.

Uma vez fixado o momento a partir do qual o acto é processualmente admissível, é essencial empreender na análise dos aspectos caracterizadores da figura. Por conseguinte, sabendo que o plano de insolvência existe enquanto realidade jurídica, pretendemos verificar quem é o seu autor, qual o seu procedimento de formação, como se procede à definição do seu conteúdo, quais são os efeitos bem como quais são os destinatários que são afectados, de forma a estabelecer um ponto de partida para proceder à sua explicação dogmática, a qual terá de passar necessariamente pela análise do regime.

a. Formação

O procedimento tendente à formação de um plano de insolvência corresponde a um complexo conjunto concatenado de actos direccionados finalisticamente ao nascimento da figura em causa. Este, poderá ser decomposto em quatro núcleos de análise que correspondem a pressupostos ou actos fundamentais para a formação do plano de insolvência: são estas a legitimidade, a proposta, a aprovação e a homologação do plano.

a.1) Legitimidade

São taxativamente designados como legitimados²⁰ para apresentar uma proposta de plano de insolvência (193.º) o administrador de insolvência, o devedor insolvente, quem seja legalmente responsável pelas dívidas da insolvência²¹ e, por fim, o credor ou

¹⁸ Sobre o estado de insolvência cfr. MANUEL REQUICHA FERREIRA, *Estado ...cit.*, 131-375.

¹⁹ Releva nesta sede o accertamento da situação de insolvência e não a declaração da relação existente entre o insolvente e os seus credores. A verificação de créditos ocorrerá em momento posterior, após a publicação edital da sentença. Sobre a verificação de créditos, ainda que com base no regime pregresso cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “*A verificação ... cit.*”, 353-369. O regime de verificação do passivo instituído tem sido alvo de estudo doutrinário aprofundado: cf. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “*Verificação do passivo*”, in: *Rth – Novo Direito da Insolvência*, Lisboa, 2005, 151-163, e SALVADOR DA COSTA, *O Concurso de credores*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, 317 ss.

²⁰ A legitimidade consiste na qualidade de um sujeito quando este se encontra habilitado a agir no âmbito de uma determinada situação jurídica. Quanto ao conceito de legitimidade apresentado cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, V – Parte Geral*, 2ª, Coimbra, Almedina, 2011, 15-26 (15), que seguimos.

²¹ Quanto ao âmbito, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO em *Insolvência...cit.*, 274 entende que se encontram abrangidos pelo preceito em causa nomeadamente os sócios de sociedade de responsabilidade ilimitada, nos termos do CSC, os sócios das sociedades civis ou o sócio de uma sociedade unipessoal que não respeite o

conjunto de credores que representem, pelo menos, um quinto da totalidade de créditos não subordinados que incidam sobre a massa insolvente, reconhecidos pela sentença de verificação de créditos^{22/23}. Saliente-se, a este título, a exclusão do juiz: tal opção é justificável em função da posição de equidistância perante as partes do bem como em função do sentido geral da sua actividade processual na fase executiva, tendencialmente passiva, na qual actua como garante de legalidade.

a.2) Proposta de plano

A apresentação de uma proposta de plano pelos sujeitos legitimados consiste numa faculdade²⁴, concedida *ex lege*, que se reconduz a um impulso tendencialmente espontâneo dos sujeitos tendo em vista a regulamentação de situações jurídico-processuais. A excepção à *volutas* do impulso encontra-se estabelecida nos arts. 156º/3 e 193º/2 pelos quais se estabelece a possibilidade da assembleia de credores encarregar expressamente o administrador de insolvência da elaboração e apresentação de uma proposta de plano de insolvência, sendo que, nessa circunstância, o administrador se encontra adstrito a duas condicionantes: por um lado, deverá efectuar a proposta em colaboração²⁵ com outras entidades (193.º/3) e, por outro, encontrar-se-á adstrito ao

princípio da separação patrimonial, entre outras situações. No nosso entender, a letra do art. 193º/1 conjugado com o nº 2 do art. 6º parece apontar para necessidade da responsabilidade pessoal e ilimitada pelas dívidas do insolvente advir de fonte legal e não de negócio jurídico. Esta parece ser igualmente a posição da citada autora.

²² Caso a sentença de verificação não tenha sido emitida, o juiz deverá decidir tendo por base uma estimativa, com vista a determinar o preenchimento do requisito por parte do credor ou credores proponentes.

²³ O sistema jusinsolvencial português atribui legitimidade para apresentar o plano a um conjunto mais vasto de sujeitos se comparado com as ordens jurídicas europeias congéneres. Veja-se que na ordem jurídica alemã o *Insolvenzplan* apenas poderá ser apresentado pelo administrador de insolvência e pelo devedor - § 218 da InsO; por outro lado, na ordem jurídica italiana o *concordato* pode ser apresentado pelos credores (individualmente ou em grupo) ou por um terceiro, sendo que é vedado ao falido a apresentação directa ou indirecta, do plano (art.124º da *legge*). Sobre o *concordato* cfr., NICCOLÒ NISIVOLCA, “*Il nuovo concordato fallimentare*”, in: RDP, 64, nº4, Padova, 2007, 969-987.

²⁴ Como salienta acertadamente, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Insolvência...cit.*, 273, não existe nenhum dever de apresentação do plano de insolvência atribuído ao devedor, paralelo ao dever de apresentação à insolvência estatuído no art. 18º/1. A apresentação de uma proposta de plano de insolvência consubstancia uma faculdade atribuída aos sujeitos processuais para conformarem tanto processual como substancialmente as relações existentes entre insolvente e credores. Aliás, perante a multiplicidade de efeitos e modelações que é possível operar, não poderia ser de outra forma: face a uma figura cujo conteúdo é livremente decidido pelos credores, a obrigatoriedade de apresentação de um plano de insolvência potenciaria a prática de actos que tornariam o processo menos célere.

²⁵ As opiniões expressas pelas entidades que devem colaborar na feitura do plano não vinculam o administrador de insolvência no que for a definição das medidas ou da orientação do plano de insolvência.

cumprimento das orientações que a assembleia tenha estabelecido.

No entanto, a proposta de plano apresentada pelo administrador de insolvência nestes termos permanece como um acto de vontade cujo impulso é reconduzido à deliberação ordenadora da assembleia de credores.

Relativamente ao momento processual para a apresentação da proposta de plano, esta deverá surgir na fase executiva do processo podendo ser apresentada, como regra geral, a todo o tempo²⁶. No entanto, exceptua-se a situação do devedor, o qual a poderá apresentar ainda na fase declarativa, quando se apresenta à insolvência, quando se opõe à insolvência ou, já na fase executiva, quando lhe seja atribuído um prazo para proceder à apresentação do plano contado da sentença declarativa que lhe atribua a administração do património (224.º/2/b).

Tarefa mais complexa revela-se a determinação do último momento em que se considera processualmente admissível a apresentação de uma proposta de plano. Quanto a este aspecto SANTOS JÚNIOR considera que essa faculdade cessa, casuisticamente, quando os actos do processo previamente efectuados coloquem em causa a execução da proposta de plano²⁷⁻²⁸.

Todavia, a solução apresentada pelos mencionados autores não se afigura, no nosso entender, procedente uma vez que faz depender a prática de um acto do seu conteúdo. Ora, tal solução aproxima-se da não admissão da proposta de plano por parte do juiz com referência à exequibilidade do conteúdo do mesmo (207º/1/c) e não baseado num critério de extemporaneidade, sendo que, regra geral, a avaliação da bondade do conteúdo do plano deverá ser remetida para a apreciação e consequente vontade dos credores. Por conseguinte, reputamos processualmente admissível a apresentação da proposta de plano até à declaração de encerramento do processo, num critério baseado na tramitação processual e não no conteúdo do plano, o qual, como se sabe, é fixado livremente pelo proponente.

Apresentada a proposta, esta é sujeita a um controlo liminar, nos termos do art. 207º, pelo qual o juiz deverá rejeitar a proposta quando esta viole normas referentes à

²⁶ No nosso entender, a proibição estabelecida no nº2 do art. 209º relativa à admissibilidade da votação do plano no hiato temporal mencionado apenas obsta à votação do plano, não à sua apresentação.

²⁷ EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *O plano...cit.*, 581.

²⁸ Em sentido próximo cf. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Insolvência....cit.*, 277, n.887.

legitimidade e ao conteúdo do plano e as mesmas não sejam supérveis ou não forem sanáveis no prazo fixado para o efeito²⁹ (207º/1/a), quando a aprovação³⁰ ou homologação³¹ da proposta se afigurarem manifestamente inverosímeis (207º/1/b), quando o plano apresentado se afigurar manifestamente inexecuível³² (207º/1/c) ou quando o administrador de insolvência se oponha à apresentação de proposta de plano por parte de devedor que já tenha empreendido nesse sentido³³ (207º/1/d). Esta apreciação liminar corresponde a um mero controlo da legalidade da proposta mitigado, em certas circunstâncias, por uma tutela do conteúdo tendo em vista a celeridade do processo bem como a não realização de actos processualmente inúteis.

²⁹ Parece resultar do texto o dever do juiz promover a sanção dos vícios em respeito do princípio da economia processual. Neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *CIRE anotado... cit.*, 689, anot. 207º.

³⁰ O juízo de inverossimilhança à aprovação do plano por parte da assembleia de credores deverá ser tomado com especiais precauções por parte do titular do processo, pelo que a decisão em causa deverá partir do cruzamento entre as diferentes manifestações dos credores expressas previamente no processo ou em sede de assembleia de credores e as medidas que o plano de apresentado pretende efectuar. Assim, uma proposta pela qual se estabeleça a remissão dos créditos das diferentes classes ou a apresentação de uma proposta de plano de recuperação quando tenha sido previamente deliberado pela assembleia de credores que apenas pretende considerar alternativas de liquidação ao regime supletivo parece conduzir à rejeição da proposta nos termos do preceituado.

³¹ Quanto à manifesta inverossimilhança de homologação, consideramos que o juiz do processo apenas poderá accionar o estatuído no art. 207º/1/b) caso considere inverossímil a homologação do plano aprovado nos termos do preceituado no art. 215º e nunca nos termos do art. 216º pelo que assim, na verdade, o art. 207º/1/b) apenas permite que a não admissão do plano se funde na qualificação da homologação do plano como manifestamente inverossímil, nos termos do art. 215º, em virtude de se considerar improvável o cumprimento das condições suspensivas estabelecidas na proposta de plano ou a prática ou execução de actos ou medidas cuja prática devesse ocorrer previamente à homologação do plano. Recorde-se que o preceituado no 216º implica um impulso por parte de um qualquer interessado, pelo que um juízo de inverossimilhança de um acto que requer necessariamente um impulso por parte do interessado – o qual, diga-se, poderá alterar a sua posição relativamente à situação – carregaria uma manifesta discricionariedade que não se pretende num processo que se quer célere e eficaz num momento processual de mero controlo de legalidade e não de mérito. Em sentido contrário, pugnando pela recondução aos arts. 215º e 216º cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *CIRE anotado... cit.*, 690, anot. 208º e MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, “*O plano de insolvência*”, in: *Est. dedicados ao Professor Doutor Luís Carvalho Fernandes*, II, Lisboa, UCP Editora, 2011, 495-521 (504).

³² A rejeição com fundamento na inexecutabilidade do plano consiste num controlo de mérito baseado num juízo de prognose produzido pela entidade decisora acerca da aptidão das medidas concretamente estabelecidas para alcançarem o objectivo, embora este fundamento deve ser interpretado com especial parcimónia em função da orientação geral do regime legal, pelo que a rejeição da proposta de plano deverá ser empregue somente em situações onde, de forma manifesta e incontestável, em respeito do princípio da celeridade e economia processual, se formule um juízo de improbabilidade de verificação.

³³ O preceito pretende vedar a prática a manobras dilatórias que obstem ao normal desenvolvimento do processo, facultando ao administrador de insolvência, ouvidos os órgãos, a possibilidade de travar a admissão da proposta. No mesmo sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *CIRE anotado... cit.*, 690, anot. 207º.

a.3) Aprovação

Uma vez admitida a proposta de plano, esta é apresentada à assembleia de credores, devidamente convocada para discussão e deliberação do plano de insolvência (arts. 209.º e 75.º). Entre a convocatória e a realização da assembleia deverá mediar um hiato temporal de 20 dias, o qual tem como finalidade proporcionar a formação da posição dos credores perante a proposta que será votada na assembleia face ao teor do plano bem como aos pareceres legalmente exigidos³⁴⁻³⁵.

Na data definida para o efeito realizar-se-á a assembleia de credores para votação da proposta de plano de insolvência a qual respeita o regime geral estabelecido nos arts. 72º a 79º com as especificidades impostas nos arts. 211º e 212º no que diz respeito à votação por escrito, ao quórum constitutivo da assembleia bem como ao quórum deliberativo³⁶.

Constituído o órgão e após um período inicial durante o qual os credores debaterão a conveniência da aprovação ou rejeição do plano de insolvência apresentado – existindo a possibilidade de proceder a alterações da proposta em sede de assembleia de credores, embora nos termos dos condicionalismos impostos pelo art. 210º -, o plano será alvo de votação quanto à sua aprovação ou rejeição. Caso a votação permita atingir a maioria de dois terços dos votos emitidos e mais de metade de votos não subordinados, o plano de

³⁴ Cfr. quanto à classificação dos pareceres, MARCELO REBELO DE SOUSA/ ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, Lisboa, Dom Quixote, 2007, 126 ss.

³⁵ Mostra-se, e no nosso entender bem, unânime a doutrina portuguesa quanto ao carácter não vinculativo dos pareceres, sendo a sua função carrear para o processo o entendimento dos diversos agentes sobre a bondade da proposta apresentada, para que os credores possam deliberar sustentados em diversos elementos de análise. Porém, CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA em *CIRE anotado... cit.*, 693, consideram que os sujeitos a quem é solicitado parecer não se encontram obrigados a apresentar o mesmo, não decorrendo daí nenhuma consequência. Com o devido respeito, não podemos concordar com a posição enunciada: em primeiro lugar, os autores derivam a não obrigatoriedade da emissão do seu carácter não vinculativo. Ora, a força vinculativa de um parecer não se confunde com a obrigatoriedade de emissão porquanto a primeira se refere à adstrição do destinatário à posição manifestada, a segunda refere-se à adstrição de um determinado sujeito a uma obrigação de “*facere*”, pelo que é comum a classificação cruzada das duas qualidades. Por outra via, embora não resulte directamente do preceito uma adstrição jurídica à emissão, é possível extrair do regime que impende sobre as entidades solicitadas a obrigatoriedade da emissão, designadamente por via do dever de colaboração estatuído no art. 55º/5 no caso do administrador de insolvência, da comissão de credores e do devedor, este último nos termos do art. 417.º/1 CPC *ex vi* 17º CIRE. A única excepção prende-se com o parecer da comissão de trabalhadores que corresponde ao exercício de um direito consagrado no plano constitucional e da legislação laboral: quanto a este cfr., por todos, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 5ª, Coimbra, Almedina, 2010, 1130-1140. Assim, o não cumprimento dos mencionados deveres pode incorrer os seus destinatários em responsabilidade civil ou, no caso do devedor, contribuir para que se presuma de forma inilidível a sua culpa em sede de incidente de qualificação de insolvência.

³⁶ Sobre funcionamento da assembleia de credores no momento deliberativo cfr. *infra* o ponto II §2.

insolvência será considerado aprovado pela assembleia de credores, seguindo-se a publicitação da deliberação³⁷.

a.4) Homologação

Tendo o plano de insolvência sido apresentado, discutido e aprovado, a última fase prende-se com a homologação judicial do mesmo, a qual confere eficácia ao seu conteúdo conforme resulta do art. 217º/1 e 2. Embora se afigure como um acto processualmente uno, lógica e sistematicamente unitário, o juízo de negativo de homologação prossegue finalidades diferenciadas consoante exista um impulso particular ou surja por iniciativa oficiosa, conforme seja emitido com base nos arts. 215º ou 216º.

A homologação consiste num juízo de confirmação ou aprovação de um determinado acto, *in casu* do plano de insolvência, pela qual é concedida eficácia a todos os negócios ou medidas que tenham sido consagradas no plano, nos termos do art. 217º/2. Assim, a homologação consiste num juízo de conformidade entre o Direito e o plano aprovado. O legislador nacional, ampliando a autonomia dos credores, coarctou o âmbito jusdecisório do tribunal, vinculando a sua decisão negativa à verificação do preenchimento dos fundamentos de não homologação oficiosa do plano ou, por outro lado, à iniciativa e fundamentos apresentados por um qualquer interessado para a não homologação do plano.

Oficiosamente, o juiz poderá recusar a homologação do plano caso detecte uma violação não negligenciável³⁸ das normas procedimentais ou conformadoras do conteúdo do plano ou, por outro lado, quando não se tenham verificado as condições suspensivas apostas ao plano ou não tenham sido praticados actos ou executadas medidas necessariamente prévias à homologação do plano. Assim, não obstante a utilização de

³⁷ Recorrendo ao portal www.citius.mj.pt/, é possível verificar o conteúdo habitual do anúncio de aprovação do plano. Assim, os juízes têm considerado como essencial, com base nos arts. 213º e 75º, a identificação do processo, do insolvente, do administrador de insolvência e do respectivo domicílio ou sede, seguindo em norma da frase “*ficam notificados todos os interessados, de que no processo supra identificado, por decisão da assembleia de credores, foi aprovado Plano de Recuperação/Insolvência*”.

³⁸ LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *CIRE anotado... cit.*, 712 ss, anot. 215º procuram densificar o que deve ser entendido por vício não negligenciável, concluindo a pp. 713 que como princípio geral se pode afirmar “*que são não negligenciáveis todas as violações de normas imperativas que acarretem a produção de um resultado que a lei não autoriza*” sendo que “*são desconsideráveis as infracções que atinjam simplesmente regras de tutela particular que podem, todavia, ser afastadas com o consentimento do protegido*”.

conceitos indeterminados e expressões latas, resulta que a homologação oficiosa consiste num juízo sobre a conformidade entre a lei e o plano aprovado pela assembleia de credores, sendo vedado ao juiz a análise do mérito do plano. Por conseguinte, o juízo oficioso deverá proceder à análise de legalidade do plano com base nos fundamentos taxativamente indicados³⁹.

Por outro lado, à não homologação requerida⁴⁰ subjaz uma lógica que se distancia do mero controlo de legalidade: trata-se de um meio de oposição ao plano, atribuído a qualquer interessado, sendo pressuposto do pedido de não homologação a prévia manifestação, nos autos, dessa oposição. A não homologação deverá ser requerida previamente à decisão judicial no prazo de 10 dias contados da data de aprovação do plano ou da data de publicitação da deliberação, nos termos da aplicação articulada dos arts. 149/1 CPC e 17º CIRE⁴¹.

A não homologação requerida poderá ocorrer com base em dois fundamentos taxativamente plasmados no art. 216º/1, sendo que o requerente terá de demonstrar nos autos, alternativamente, a probabilidade séria de verificação de um dos fundamentos que habilitam o juiz do processo a não homologar o plano de insolvência aprovado, mediante a realização de um juízo de prognose por parte do decisor com base nos elementos disponíveis no processo^{42/43}. Assim, o requerente poderá fundar a sua oposição na

³⁹ No mesmo sentido, embora numa formulação mais ampla, considerando todo o momento homologatório, GISELA JORGE FONSECA, *Natureza...cit.*, 96.

⁴⁰ Tem legitimidade para requerer a não homologação, nos termos do nº1 do art. 216º o devedor que não seja proponente do plano, os credores, os sócios, associados ou membros, consoante o tipo de pessoa colectiva, que tenham manifestado nos autos a sua oposição ao plano.

⁴¹ Neste sentido, que sufragamos, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Insolvência...cit.*, 293, em consonância com o entendimento defendido pelo TRP em ac. datado de 15/11/2007, proc. 0734223, rel. DEOLINDA VARÃO, (consultado em 13/06/2012) pelo qual se considerou que “o prazo para requerer a não homologação é o prazo supletivo de 10 dias fixado no art. 153º, nº1 do CPC [agora 149.º/1], ex vi art. 17º, que se articula com o prazo mínimo de 10 dias concedido ao juiz no art. 214º para proferir a sentença de homologação, o qual se conta a partir da publicação da deliberação da aprovação do plano prevista no art. 213º.” Em sentido diverso, considerando que o prazo de 10 dias resulta expressamente do art. 214º cf. LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *CIRE anotado... cit.*, 717 ss, anot. 216º e MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Insolvência... cit.*, 289.

⁴² LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *CIRE anotado... cit.*, 718 ss, anot. 216º e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Insolvência...cit.*, 292.

⁴³ Embora vigore no processo de insolvência o princípio do inquisitório nos termos do art. 11º, o requerimento apresentado pelo interessado vincula o julgador à verificação do fundamento apresentado, fundado no corpo do art. 216º, numa típica manifestação do princípio do dispositivo no processo de insolvência. Assim, alegando o interessado que foi atribuído a um qualquer credor um valor económico superior nos termos da alínea b) do nº1 do citado preceito. Por conseguinte, o juiz do processo encontra-se nesta sede limitado no seu poder decisório à verificação da procedência ou improcedência do pedido do interessado.

circunstância de considerar que do plano resulta uma situação previsivelmente menos favorável quanto à sua satisfação do que resultaria da liquidação supletiva da massa insolvente (216º/1/a) ou, por outra via, considera que do plano resulta a atribuição de um valor económico superior ao montante nominal a um credor, acrescido das contribuições que este tenha efectuado (216º/1/b). Assistem aos dois fundamentos conducentes à não homologação *ratios* distintas: assim, se o primeiro é valorado como tutelador dos interesses dos credores⁴⁴, o qual encontra as suas raízes nos ordenamentos jurídicos norte-americano e alemão, respectivamente nas figuras usualmente denominados como *best interest of creditor's test* sedado no §1129 do *US Bankruptcy Code* e *minderheitenschutz* estatuída no §251 da *InsO*⁴⁵, o segundo corresponde a uma manifestação do princípio *par conditio creditorum* no conteúdo do plano, por via da proibição do enriquecimento indevido por parte de algum ou alguns credores⁴⁶. Por conseguinte, ocorre nesta sede um controlo de mérito sobre o conteúdo do plano, mitigado em função da taxatividade dos fundamentos para a não homologação, direccionados para evitar situações materialmente infundadas de tratamento diferenciado.

Não existindo nenhum fundamento ou não sendo requerida a não homologação, o juiz tem o dever de proceder à homologação do plano de insolvência⁴⁷, o qual induz a eficácia do conteúdo do plano.

b. Conteúdo

Pese embora a conformação do plano de insolvência seja definido *ab initio* pelo proponente, é a assembleia de credores que giza, materialmente, a concreta conformação das medidas incluídas no instrumento (210.º): assim, caso o proponente não conforme o plano com as propostas de alteração apresentadas pela assembleia de credores, este órgão poderá rejeitar o plano, incumbindo posteriormente a elaboração de um novo plano de

⁴⁴ O raciocínio do juiz funda-se na comparação da potencial satisfação do credor, daí a sua complexidade. Assim, o art. 216º/1/a) requer cuidada hermenêutica sob pena de inviabilizar o plano enquanto instrumento de auto-regulamentação: a norma é um mecanismo tutelador de afectações ilegítima da esfera jurídica dos credores.

⁴⁵ CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência*, 4ª, Coimbra, Almedina, 2010, 131.

⁴⁶ Com a mesma interpretação, LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA *CIRE anotado... cit.*, 720 ss.

⁴⁷ No mesmo sentido, PEDRO PIDWELL, *O processo de insolvência e a recuperação da sociedade comercial de responsabilidade limitada*, Coimbra, Coimbra ed., 2011, 279.

insolvência, por parte do administrador, nos exactos termos que a assembleia definir (192.º/3). Por conseguinte, a assembleia de credores controla efectivamente o conteúdo do plano de insolvência, sendo-lhe concedidos os meios que lhe permitem encerrar neste o conteúdo que o órgão considerar adequado.

O plano de insolvência é caracterizado, entre nós, por um princípio de liberdade na definição do conteúdo⁴⁸ em resultado dos princípios basilares em que se move o Direito da Insolvência: este pressupõe e estabelece – e no nosso entender acertadamente – que são os credores quem se encontra em posição de determinar o modo óptimo de satisfação dos seus interesses pelo processo de insolvência⁴⁹.

Por conseguinte, o Código concede aos credores a faculdade de estatuir o que lhes aprouver como conteúdo do plano, atribuindo aos sujeitos privados a auto-regulamentação da fase executiva do processo. Deste modo, o plano consubstancia uma figura jurídica que admite a satisfação dos credores pelos meios que estes considerem mais adequados. Esta definição livre e autónoma do conteúdo do plano, o que constitui uma típica manifestação da autonomia privada uma vez que os efeitos resultantes do conteúdo estatuído ir-se-ão repercutir nas esferas jurídicas afectadas, em especial na esfera jurídica dos credores e do devedor insolvente.

Assim, relativamente ao conteúdo do plano, a atribuição à assembleia de credores de um espaço de liberdade para definir o teor de um acto que irá produzir um conjunto de efeitos em diferentes esferas jurídicas aproxima-se, em grande medida, da ideia de liberdade de estipulação, uma das tradicionais vertentes da autonomia privada⁵⁰.

Todavia, como é comum no ordenamento jurídico português bem como nos congéneres de raiz romano-germânica, a concessão de um espaço de liberdade para a produção de efeitos jurídicos encontra invariavelmente limitações, derivadas de princípios gerais de Direito ou de regras que tutelam interesses específicos: o plano de insolvência não é alheio a esta realidade. Assim, o legislador gizou, por um lado, um elenco de

⁴⁸ No sentido defendido EDUARDO SANTOS JÚNOR, *O plano... cit.*, 586, LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *CIRE anotado... cit.*, 635 ss, anot. 192º, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Insolvência...cit.*, 283. Em sentido contrário, negando aparentemente o citado princípio, GISELA JORGE FONSECA, *Natureza...cit.*, 92.

⁴⁹ O mencionado entendimento funda-se na interpretação integrada dos arts. 192º/1, 195º/2, 196º/1, 197º e 198º, donde perpassa a transversal supletividade das medidas elencadas no Código como meramente orientadoras das escolhas dos credores.

⁵⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, I, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, 218.

aspectos que constituem conteúdo obrigatório do plano bem como um conjunto de limitações à regulamentação embora, no essencial, o plano consubstancie um acto atípico quanto ao conteúdo⁵¹.

No que respeita ao conteúdo obrigatório do plano, o regime centra-se no preceituado no art. 195º, não tendo o legislador dedicado uma profunda regulamentação a este aspecto. Assim, as menções mínimas reconduzem-se à referenciação da finalidade do plano, descrição das medidas necessárias à sua execução, inclusão de aspectos informativos necessários para formar a decisão de aprovação ou rejeição do plano (195º/2), indicação expressa os preceitos legais derogados e o âmbito da sua derrogação (195º/2/e) assim como uma estimativa do impacto das alterações impostas nas posições dos credores face ao regime legal supletivo (195º/2/d). Por conseguinte, a definição do conteúdo é responsabilidade da assembleia de credores sendo prescritos somente um conjunto de comandos destinados a tornar o plano num instrumento jurídico completo, informativo e racionalmente perceptível pelos seus destinatários, sendo o conteúdo obrigatório do plano, no essencial, informativo.

No plano das limitações ao conteúdo, estas poderão ser agregadas em dois conjuntos, consoante as limitações regulativas sejam absolutas ou relativas. No que respeita às limitações regulativas absolutas, está em causa o preceituado no art. 196º/2, o que consubstancia a consagração de normas de Direito da União Europeia derivado na ordem jurídica interna, vedando a afectação pelo plano, designadamente, de garantias reais, privilégios creditórios gerais detidos pelo BCE, por um banco central de um Estado Membro ou por um participante num sistema de pagamentos⁵².

Quanto às limitações relativas, o sistema gizado no 192º/2 impõe às alterações efectuadas pelo plano o cumprimento alternativo de uma das seguintes condições para que a afectação das esferas jurídicas se considere legitimamente produzida: por um lado, o consentimento do sujeito⁵³ cuja esfera é afectada pelo plano ou, por outro, a autorização

⁵¹ LUÍS MENEZES LEITÃO, *Insolvência...cit.*, 284 considera que o plano de insolvência consubstancia um negócio atípico quanto ao conteúdo. Porém, acolhemos, neste momento, com reservas a classificação do plano de insolvência como negócio: o carácter negocial do acto, a existir, terá de ficar demonstrado em momento posterior sob pena de manifestar como uma verdadeira pré-compreensão.

⁵² A participação num sistema de pagamento que releva nesta sede corresponde à regulamentada na Directiva 98/26/CE do Parlamento e do Conselho.

⁵³ Como salientam LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA em *CIRE anotado... cit.*, 636 ss, anot. 192º, o consentimento do lesado poderá surgir a todo o tempo, inclusivamente em momento posterior à

legal para operar essa alteração sem a concorrência da vontade do titular da situação jurídica. Deste modo, o regime exposto nesta sede não se afasta, em grande medida, do sistema existente entre nós no Direito das Obrigações, o qual impõe, para a modificação ou extinção dos contratos, o mútuo consentimento entre as contrapartes, excepto nos casos admitidos pela lei, nos termos do art. 406º/1 *in fine* do Código Civil, pelo que o regime estabelecido pelo art. 192º/2 se enquadra na referida lógica geral do sistema. No plano das limitações relativas surgem igualmente restrições ao tratamento desfavorável de um credor comparativamente aos seus congéneres, para o qual se exige o consentimento do credor prejudicado, nos termos do 194º/2 *in fine*, numa manifestação do princípio da igualdade entre credores⁵⁴. Por conseguinte, as referidas limitações à liberdade de estipulação do plano apenas se encontram vedadas de forma relativa, uma vez que se exige a verificação de determinadas condições, realização de actos jurídicos ou permissão legal para que o recurso a estes aspectos se considere conforme ao Direito.

Assim e em síntese, a regulamentação do conteúdo de um plano de insolvência consiste numa liberdade atribuída à assembleia de credores sendo que as limitações que são impostas ao mesmo são dispersas e surgem com finalidades especificamente definidas, o que só permite reforçar o que se afirmou em momento anterior: existe plena liberdade de estipulação relativamente ao conteúdo do plano de insolvência.

c. Efeitos

Por fim, cabe referir o alcance da produção de efeitos pelo plano de insolvência enquanto característica específica desta figura. Como apontado, o plano de insolvência inicia a produção de efeitos com a homologação judicial, uma condição legal de eficácia para o conteúdo previamente estipulado como resulta do art. 217º⁵⁵. Ora, um dos efeitos que resulta do plano, como dispõe o nº1 do citado preceito, reporta-se à alteração de todos

aprovação do plano, sendo que o consentimento poderá ser extraído tacitamente da actividade processual do credor, designadamente da inexistência de oposição ao plano em sede de assembleia de credores ou da votação favorável do plano.

⁵⁴ O princípio da igualdade pode ser configurado como um princípio de proporcionalidade de perdas, sendo necessário que as medidas consubstanciem uma violação horizontal, ou seja, os credores alvo de tratamento diferenciado encontram-se em situação materialmente idêntica. Um eventual tratamento *in pejus* do credor face aos restantes terá de ser como materialmente fundado, ou seja, exista um substrato que justifica a concessão do benefício ou o tratamento prejudicial do credor individualmente considerado, nos termos do 194º/1.

⁵⁵ No mesmo sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *CIRE anotado... cit.*, 723 ss, anot. 217º.

créditos sobre a insolvência independentemente da sua reclamação no processo, desde que regulamentados na parte dispositiva do plano. Assim, a norma em causa regula o momento processual de início de produção de efeitos no plano do Direito – imediatamente após a homologação - e, por outro lado, o alcance de produção de efeitos – abrangendo todos os credores da insolvência.

As alterações dos créditos, na expressão empregue pela lei, poderão ser de vários tipos, consoante a regulamentação operada no plano. Assim, os créditos que legitimam a presença dos credores no processo poder-se-ão extinguir ou modificar em função desse acto⁵⁶.

Em suma, a homologação do plano conduz à produção dos efeitos do plano que, em primeira análise, incidirão directamente sobre a universalidade dos créditos da insolvência produzindo efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos sobre os créditos preexistentes, dependendo da modelação casuística.

Constata-se assim que a produção de efeitos extravasa manifestamente os típicos cânones contratuais impostos pelo princípio da relatividade das obrigações, uma vez que o plano vincula os credores discordantes do plano bem como os credores que não tenham tomado lugar no órgão representativo dos credores ou não tenham reclamado o seu crédito no processo de insolvência. Assim, a amplitude de eficácia do plano de insolvência corresponde a um aspecto desta figura cujo enquadramento dogmático se afigura de maior complexidade.

Noutra via, no prisma dos actos ou negócios resultantes do plano, ressalta a necessidade de constar do processo, por escrito e quando não for legalmente dispensada, a concordância para que vincule terceiros.

Quanto a estes, resulta o plano de insolvência como proposta negocial à qual faltarà a aceitação da contraparte. No entanto, esta aceitação poderá encontrar-se incluída no plano, ser externa ou ter sido declarada no procedimento, no caso de negócio a celebrar com credor que se tenha manifestado favoravelmente ao mesmo.

Por fim, veja-se que a modificação imposta pelo acto à relação creditícia não produz efeitos nas relações entre o credor e o co-devedor ou terceiro garante, limitando-se

⁵⁶ No plano das modificações das situações creditícias podemos referir exemplificativamente o conjunto de medidas elencadas pelo legislador nas diferentes alíneas do art. 196º/1, a saber, a remissão total ou parcial do crédito, a concessão de moratória ou a eventual novação da obrigação primitiva.

a conformar as relações entre o insolvente e o credor bem como entre o co-devedor ou o terceiro garante e o insolvente, nos termos do nº4 do art. 217º. O co-devedor encontra-se, assim, adstrito a cumprir na quantidade estabelecida inicialmente sendo afectado somente o seu direito de regresso na exacta medida que o plano afectaria a relação credor – devedor insolvente⁵⁷.

§2 – O plano de insolvência enquanto acto da assembleia de credores

No regime português a assembleia de credores consubstancia um órgão da insolvência de constituição obrigatória, cuja actividade, dir-se-ia, domina na fase executiva⁵⁸. Nestas prerrogativas inclui-se a faculdade de estabelecer um meio alternativo de satisfação dos credores.

Como observámos⁵⁹, a formação do plano depende de um procedimento complexo no qual a assembleia de credores assume um papel primacial. Assim, é essencial atentar ao referido órgão e, em especial, o momento deliberativo bem como à relação existente entre o órgão e o plano, como resultado dessa actuação.

A assembleia de credores, a quem o regime atribui diversas funções, é expressamente denominada como um órgão. Ora, o vocábulo “*órgão*” apresenta um sentido técnico dogmaticamente ancorado, o qual se interliga profundamente com o universo da personalidade colectiva: de acordo com uma orientação já tradicional entre nós, um órgão corresponde a um “*elemento da pessoa colectiva que consiste num centro institucionalizado de poderes funcionais a exercer pelo indivíduo ou pelo colégio de indivíduos que nele estiverem providos com o objectivo de exprimir a vontade juridicamente imputável a essa pessoa colectiva*”⁶⁰.

Desconsiderando os elementos que valoram a conexão entre órgão e pessoa

⁵⁷ Sobre este aspecto cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *CIRE anotado... cit.*, 725, anot. 217º.

⁵⁸ No plano orgânico, refira-se que a assembleia de credores, para além de lhe ser facultado o domínio sobre a comissão de credores – domínio sobre a sua existência e composição (67.º) bem como dos seus actos (80.º) –, controla a nomeação do administrador de insolvência, substituindo o administrador nomeado pelo tribunal, bem como, de acordo com o 53º/1, pode impor encargos ao administrador de insolvência, designadamente a elaboração de um plano de insolvência, definindo os exactos termos em que esse encargo deverá ser efectuado (193º/3). Por fim, elucidativa das funções da assembleia é a circunstância de se facultar ao órgão a possibilidade de suspender a liquidação e partilha da massa insolvente (156º/3) bem como a vinculação do juiz à posição assumida pela comissão de credores ou pela assembleia (206º/2).

⁵⁹ Cfr. *supra* II, §1.

⁶⁰ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10ª, Coimbra, Almedina, 1984, 204.

colectiva, reputa-se a assembleia de credores como um centro institucionalizado de poderes funcionais a exercer pela universalidade dos credores da insolvência, os quais constituem o suporte do órgão, através do qual se exprime uma vontade juridicamente imputável. Deixando para momento ulterior a recondução dessa vontade, o que consideramos assente, nesta fase, é a formação e expressão de uma vontade juridicamente relevante por parte deste órgão, geradora de efeitos processuais e substantivos que vinculam a universalidade dos credores por via do plano de insolvência.

Este órgão corresponde a uma estrutura à qual o CIRE associa dois complexos normativos: um primeiro, através do qual são atribuídas competências ou poderes funcionais a essa realidade e outro, mediante o qual é regulada a constituição e funcionamento da realidade.

Quanto à atribuição de poderes funcionais, do que ora releva, encontra-se o poder para aprovar um plano de insolvência que corresponde uma prerrogativa processual exclusiva do órgão. Aliás, da lei extrai-se a existência jurídica do plano como acto da assembleia: atente-se exemplificativamente que o assentimento do plano de insolvência resulta de uma deliberação do órgão (213.º) bem como, por outro lado, à imputação da deliberação à assembleia e não aos credores individualmente considerados⁶¹.

A determinação da origem do acto é especialmente significativa atendendo à recondução da titularidade do órgão aos credores, o que poderá gerar equívocos na explanação da actualidade dos efeitos resultantes do plano, caso se reputasse o mesmo como acto dos credores.

Como assinalado, o sistema procede, por um lado, à definição da competência orgânica e, por outro, à determinação da constituição e funcionamento mediante o qual se estabelece o esqueleto organizativo estático do órgão. Da observação deste resulta que a estruturação assentará, necessariamente, em pessoas singulares ou colectivas que serão os titulares do órgão: nos termos do art. 72º/1, a titularidade do órgão é entregue à

⁶¹ A deliberação, como salienta ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO em *SA: Assembleia Geral e Deliberações Sociais*, Coimbra, Almedina, 2007, 149 ss, corresponde a “*uma proposição imputada à decisão de um conjunto de pessoas singulares [...] assimilada a uma manifestação de vontade colectiva*”. Porém, como declara o autor, a vontade colectiva corresponde, face à inexistência de um substrato ôntico, a uma construção mediante de esquemas abstractos e normas jurídicas que operam a conversão das diferentes vontades individuais dos membros do órgão para uma vontade colectiva, imputada ao órgão.

universalidade de credores da insolvência⁶².

Do travejamento legal resulta a atribuição do direito de presença aos credores da insolvência⁶³ embora, caso seja conveniente andamento dos trabalhos, o juiz poderá limitar a atribuição do direito de participação na assembleia de credores, isto é, limitar a integração de um determinado credor no órgão à titularidade de um crédito de determinado montante⁶⁴, ainda que seja concedida aos credores a possibilidade de se fazerem representar por outro credor, constituir um agrupamento de créditos de forma a atingir o valor exigido ou actuarem mediante representante comum, o que perpassa o carácter impessoal da relação entre credores de insolvência⁶⁵. Assim, são titulares da assembleia os credores efectivamente apurados por via da reclamação de créditos aos quais é atribuído direito de participação.

Noutra via e pese embora conectado com o direito de participação (logicamente precedente⁶⁶), a atribuição de direito de voto aos credores corresponde a aspecto diverso, digno de análise autónoma. O direito de voto consubstancia a faculdade atribuída aos credores de se manifestarem o seu assentimento ou rejeição face a uma determinada proposição que lhe seja apresentada ou, *in casu*, aceitarem ou recusarem a proposta de

⁶² Como salientam LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA em *CIRE anotado... cit.*, 705, anot. 212º, apenas poderão participar na assembleia os credores sobre a insolvência e não os credores da massa (sobre esta dicotomia cfr. os arts. 47º e 51 do CIRE). Porém, no nosso entender essa delimitação surge imediatamente em virtude do nº1 do art. 72º, o qual especifica directamente que o direito de participar na assembleia geral é atribuído aos credores da insolvência e não aos credores da massa. Por conseguinte, e não havendo regulamentação especial, esse preceito é aplicável *tout court* à assembleia de credores para deliberação do plano.

⁶³ Nos termos dos arts. 72º/2, 73º/nº1, alíneas a) e b) e nº4, os credores subordinados terão de cumprir um conjunto de condições adicionais em função do tratamento que lhe é dispensado como créditos diminuídos para que lhe seja atribuído o direito de participação na assembleia. Não se afirme contudo, com base no art. 73º/3, que em resultado da atribuição de direito de voto aos credores subordinados lhe é igualmente atribuído direito de participação em virtude da aplicação do referido preceituado se encontrar na dependência do estatuído no art. 212º/2/b).

⁶⁴ No entanto, esse valor determinado não possa exceder €10.000, nos termos do art. 72º/4. Existe, nesta sede, um paralelismo entre o art. 379º do Código das Sociedades Comerciais referente à participação na assembleia geral de uma sociedade anónima.

⁶⁵ Ao contrário do que se poderia prever em virtude do carácter marcadamente pecuniário, a existência de um mandato geral ou de um mandato forense não é suficiente para permitir a representação do credor na assembleia, sendo exigido a atribuição de poderes especiais para o efeito. Todavia, consideramos que o mandato forense atribui o direito de presença do mandatário na assembleia de credores uma vez que esta consubstancia um acto processual.

⁶⁶ No nosso entender, o direito de participação é logicamente precedente em relação ao direito de voto uma vez que apenas o credor que integre o órgão pode assumir a titularidade do mesmo e, consequentemente, emitir o seu voto. A afirmação contrária já não corresponde em função da menor amplitude da atribuição do direito de voto em comparação com o direito de participação.

plano sujeita a deliberação⁶⁷.

O regime do direito de voto em matéria de plano de insolvência encontra-se, no essencial, plasmada nos arts. 73º e 212º. Assim, nos termos gerais é atribuído um voto ao credor por cada euro ou fracção de euro do seu crédito que tenha sido reconhecido no apenso de verificação ou graduação de créditos ou em verificação ulterior de créditos (73.º/1). É ainda concedido direito de voto ao credor que já tenha reclamado os seus créditos ou que, não tendo reclamado, ainda se encontre no prazo para o fazer e empreenda nesse sentido na assembleia, contando que estes não sejam impugnados em sede do mesmo órgão por parte do administrador de insolvência ou por outro credor com direito de voto (73.º/1/a) e b)). Todavia, o juiz do processo tem a faculdade de conferir direito de voto aos créditos impugnados, nos termos do nº4 do art. 73º, mediante a ponderação da probabilidade de reconhecimento futuro do crédito.

No entanto, este enquadramento é restringido aquando da votação do plano de insolvência: nos termos do art. 212º/2, é coarctado o direito de voto aos titulares de créditos que não sejam modificados pelo conteúdo do plano (212º/2/a) e aos titulares de créditos subordinados⁶⁸ de determinado grau caso o plano decrete a remissão de todos os créditos de grau hierárquico inferior e não atribuir valor económico ao devedor nem aos seus sócios, associados ou membros, conforme o tipo subjacente (212º/2/b).

A referida restrição reputa-se proporcionada atendendo que os credores sem direito de voto não verão a sua situação modificada pelo plano, pelo que não seria adequado permitir a sua participação na definição das situações creditícias de terceiros quando não partilham o risco da execução do plano, pelo que o plano será legitimado por aqueles que sofrerão efeitos directos do plano na sua esfera.

Noutra esfera e ainda que o Código seja omissivo, consideramos que vigora nesta sede, por identidade de razão, um princípio de unidade de voto na assembleia de credores (art. 385.º CSC), pelo que o credor votante não poderá fraccionar a manifestação de

⁶⁷ A noção de voto parte da apresentada no âmbito do Direito Societário por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, 685 ss.

⁶⁸ Em relação aos créditos subordinados cfr., ainda que com base no anteprojecto, as reflexões de RUI PINTO DUARTE, “*Classificação dos créditos sobre a massa insolvente no projecto de Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*”, in: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (org.), *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Comunicações sobre o Anteprojecto do Código*, Coimbra, Coimbra ed., 2004, 51-60 (55 ss).

vontade⁶⁹, independentemente da circunstância dos seus votos resultarem da titularidade de créditos alvo de regulamentação diferenciada pelo plano. Exceptua-se, no entanto, quando o credor vote por si e em representação de outro pelo que em virtude da invocação do instituto da representação e uma vez que o credor actua simultaneamente no seu interesse e no do representado, poderá emitir declarações de voto divergentes.

Observemos agora a determinação do sentido da deliberação do órgão face ao plano. Em derrogação do regime padrão, a aprovação do plano de insolvência exige pressupostos adicionais justificados pelos efeitos resultantes do instrumento. Assim, à assembleia de credores na qual é deliberada uma proposta de plano exige-se, nos termos do nº1 do art 212º, dois quóruns, um constitutivo do órgão e outro deliberativo do plano.

Exige o citado preceito a presença jurídica na assembleia dos credores que representem, pelo menos um terço do total dos créditos com direito de voto, sendo que releva nesta sede o *quantum* creditício. Ora, este aspecto corresponde a um requisito da constituição do órgão sem o qual não poderá ser legalmente aprovado o plano, sendo que caso este seja aprovado em desrespeito do quórum constitutivo, deverá ser imediatamente rejeitado pelo juiz nos termos acima assinalados⁷⁰.

Por outro lado, uma vez constituído o órgão para os fins expostos, a proposta de plano deverá ser aprovada em respeito pelo quórum deliberativo estabelecido, o qual se dirá qualificado face ao regime geral: assim, a deliberação que aprova o plano deverá ser votada favoravelmente dois terços dos votos emitidos na assembleia de credores, sendo que mais de metade dos dois terços deverão corresponder a créditos não subordinados, na eventualidade de ser atribuído direito de voto a esta classe. Embora o quórum requerido não seja manifestamente exigente, salvaguarda uma representatividade mínima da assembleia que aprova um instrumento jurídico que afectará a esfera jurídica de um lato conjunto de sujeitos⁷¹.

⁶⁹ De forma natural, não poderá o credor abster-se de manifestar a sua vontade quanto a um conjunto de votos e votar favoravelmente ou em sentido contrário com o restante: na deliberação cada credor tem de apresentar uma declaração unitária relativamente à proposta de plano de insolvência.

⁷⁰ Deve o juiz, em sede de não homologação e nos termos do art. 215º, rejeitar o acto por violação não negligenciável das regras procedimentais. Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Insolvência....cit.*, 287.

⁷¹ Ilustremos o regime: determina-se que os créditos sobre a insolvência correspondem ao valor de 1500. Porém, em função do conteúdo do plano, bem como do art. 212º/2, apenas é atribuído direito de voto em função da titularidade de 900. Assim, para que se preencha o quórum constitutivo da assembleia de credores, deverão estar presentes ou representados os titulares dos créditos que conjuntamente atinjam, no

Face ao exposto, a autoria do plano de insolvência terá de ser atribuída à assembleia de credores enquanto órgão pelo que, no nosso entender, é inadequado atribuir à vontade dos credores a modelação da fase executiva do processo: embora os credores sejam o suporte do referido órgão, a sua estruturação gera uma lógica colectiva do acto.

A atribuição da autoria do plano à assembleia de credores permite afastar os credores enquanto autores do acto, o que releva para a definição da natureza jurídica da figura⁷². A qualificação da assembleia de credores como órgão implica que, através de si, opere a formação e expressão de vontade juridicamente imputável, pelo menos, ao órgão.

Face à configuração legislativa da figura e independentemente do que se apure quanto à homologação judicial, temos presente que o plano de insolvência resulta de um acto da assembleia de credores, unilateral, pelo que qualquer aproximação que se faça à figura da transacção não permite explicar convenientemente a figura em virtude do necessário carácter contratual desta^{73/74}. Assim, deverá ser afastada a aproximação do plano de insolvência a uma figura contratual onde a vontade de uma das partes se definisse através de regras de maioria, pelo que a recondução da vontade ao órgão, para além de adequada, resolve, quanto a este aspecto, os possíveis problemas que daí poderiam decorrer.

§3 – Síntese

Em resumo, reputamos o plano de insolvência como um acto de formação

mínimo, 300. Destes 300, para que a deliberação seja tomada conforme com a lei, deverão votar favoravelmente à proposta 151, partindo do pressuposto que nenhum credor se absteve na deliberação, sendo que na hipótese de atribuição de direitos de voto aos credores subordinados, 76 dos 151 deverão ter sido emitidos por credores titulares de créditos não subordinados, de forma a preencher o requisito do art. 212º/1 *in fine*.

⁷² Recorde-se a expressiva afirmação de NUNO CABRAL BASTO em “*A natureza jurídica da convenção colectiva de trabalho: supostos epistemológicos da sua indagação*”, in: *Revista de Estudos Sociais e Corporativos*, VIII, nº30, Lisboa, 1969, 60-87 (60), segundo o qual “*perseguir a natureza dum instituto jurídico [...] significa fixar o que, em gnose jurídica, é capaz de produzir a justificação suficiente de actualidade dos seus efeitos*”.

⁷³ Promovendo a aproximação entre o plano e a transacção, concluindo então pela natureza dual, simultaneamente processual e contratual, do plano de insolvência cfr. GISELA JORGE FONSECA, *Natureza...cit.*, 65-129(111 ss). Noutro prisma, considerando que o plano de insolvência reveste natureza negocial corporizado numa deliberação, a qual produz efeitos processuais e substantivos, cfr. EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *O plano...cit.*, 590 ss.

⁷⁴ No plano da ordem jurídica nacional, a doutrina nacional declara a natureza negocial do plano de insolvência embora não fundamente adequadamente a afirmação. Nesse sentido, JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, I, 8ª, Coimbra, Almedina, 2011, 338.

complexa, resultante de um procedimento de formação que decorre da fase executiva do processo, sendo identificável no mesmo, liberdade de celebração bem como liberdade de estipulação⁷⁵. Deste modo, o plano de insolvência é, no nosso entender, um acto de autonomia privada, um negócio jurídico unilateral no qual se identifica uma única declaração, a declaração da assembleia de credores emitida pela deliberação⁷⁶. Salienta-se ainda que, por si, a deliberação corresponde a um negócio jurídico em sentido técnico-jurídico uma vez que partilha os elementos básicos que lhe são característicos⁷⁷. O plano de insolvência é, assim, um negócio jurídico unilateral cuja autoria é atribuída à assembleia de credores enquanto órgão.

III – A pessoa insolvencial como explicação global do fenómeno

§1 – A especialidade do regime e a conveniência de uma explicação global

O processo de insolvência ocupa presentemente um papel de relevo nas ordens jurídicas dos diferentes países, tendência a que a ordem jurídica portuguesa não é imune. Confluem para a execução universal um amplo conjunto de interesses, direitos, expectativas e garantias que se procuram conjugar nesta sede, numa articulação a mais das vezes de difícil compatibilização.

A esta realidade não escapa o plano de insolvência, sobre o qual incidem questões dogmáticas de complexa resolução. Da caracterização efectuada resulta o enquadramento do plano de insolvência como negócio jurídico unilateral, da autoria da assembleia de credores, formado necessariamente no seio de um processo de insolvência donde resultam efeitos, livremente estabelecidos e sufragados pelo sobredito órgão representativo dos credores, que incidem, potencialmente, sobre a totalidade dos créditos independentemente do assentimento do plano pelo titular da relação juscreditícia.

Por conseguinte e pese embora as tentativas realizadas para o efeito, o enquadramento dogmático do plano de insolvência enquanto fenómeno jurídico tem-se apresentado problemático em virtude da complexidade do instrumento⁷⁸.

⁷⁵ Seguimos de perto, quanto a este aspecto, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...cit.* I,I, 217 ss.

⁷⁶ A deliberação ou negócio deliberativo corresponde a um fenómeno interligado com a dogmática da personalidade colectiva, cuja evolução poderá ser confrontada em ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *SA...cit.*, 149-161.

⁷⁷ Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *SA...cit.*, 152.

⁷⁸ Desde a aprovação do CIRE, diversos autores tem investigado o regime jusinsolvencial existente na

Assim, assiste-se à tendência de proceder a uma aproximação do plano de insolvência à figura da transacção (arts. 1248º a 1250º CC). Ora, essa assimilação como negócio processual mostra-se sedutora em função do enquadramento desta figura enquanto expressão da autonomia das partes no processo, consubstanciado num acto processual de cariz negocial que produz efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos da situação processual bem como alcança a produção de efeitos materiais relativamente à relação substantiva⁷⁹. Acresce a este juízo de similitude a existência de um momento jurisdicional homologatório bem como a pluralidade de modelações que o conteúdo da transacção.

Não obstante, no nosso entender, não é possível assentir em tal equiparação face ao carácter unilateral do plano de insolvência, uma vez que, como resulta expressamente do nº1 do art. 1248º CC, a transacção consubstancia um negócio jurídico bilateral ou contrato. A construção da transacção pressupõe a existência de duas partes contrapostas quanto ao litígio que decidem conformar a situação mediante a celebração de um acordo, pelo que existirá necessariamente uma relação de confronto quanto às posições assumidas. Como já tivemos oportunidade de fundamentar, correspondendo o plano de insolvência a uma actuação unilateral da assembleia de credores, esse paralelismo não se verifica, quanto a esta característica.

Todavia não podemos deixar de reconhecer, no que concerne ao plano de insolvência, a sua recondução a um negócio processual como forma de (auto)composição de litígios atentas as funções que desempenha. Assim, recolhendo a definição de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, podemos enquadrar o plano de insolvência entre “*os negócios jurídicos que produzem directamente efeitos processuais, isto é, são os actos processuais de carácter negocial que constituem, modificam ou extinguem uma situação processual*” ainda que esta classificação não implique “*que estes negócios só possam realizar aqueles efeitos, pois que eles também podem produzir efeitos obrigacionais*”⁸⁰. Ora, a realidade

ordem jurídica portuguesa com o auxílio, no essencial, de fontes doutrinárias alemãs e norte-americanas em resultado da influências exercida pelas referidas ordens jurídicas, de forma imediata e mediata, na sua elaboração.

⁷⁹ Seguimos, quanto a este ponto, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª, Lisboa, Lex, 1997, 193-207. As diversas orientações quanto à natureza da transacção podem ser observadas sumariamente em RITA LOBO XAVIER, “*Transacção judicial e processo civil*”, in: *Est. em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, III, Coimbra, Coimbra ed., 2010, 817-835 (818 ss).

⁸⁰ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...cit.*, 194.

retratada acomoda o plano na medida em que é possível identificar no acto efeitos processuais, bem como actos com efeitos substantivos.

Deste modo, classificado o plano de insolvência enquanto negócio processual e identificadas as insuficiências na explicação do fenómeno, mostra-se essencial dotar o plano de insolvência de uma explicação dogmática justificativa da actualidade dos efeitos por si introduzidos. Ora, uma justificação do fenómeno deverá, caso seja possível, fundar-se numa lógica una e dotada de coerência externa, proporcionando a recondução directa aos quadros dogmáticos do Direito.

Assim, uma vez que os elementos fundamentais do processo de insolvência se reconduzem, no nosso entender, à tutela dos credores, à expressão de uma vontade comum bem como à existência de um património o qual se encontra finalisticamente destinado à satisfação dos credores de acordo com uma lógica colectiva, procuraremos aferir se a natureza do plano de insolvência, enquanto acto da assembleia de credores, é passível de ser dogmaticamente enquadrada pelos quadros regulatórios da personalidade colectiva enquanto modelo de conformação do processo e dos interesses do universo de credores que partilham o património do devedor insolvente como garantia comum da satisfação dos seus créditos.

§2 – Elementos caracterizadores da personalidade colectiva - breve menção

Fruto de um paulatino labor doutrinário, foi construída dogmaticamente a ideia de pessoa jurídica como “*entidade destinatária de normas jurídicas*” a qual é “*capaz de ser titular de direitos subjectivos ou de se encontrar adstrita a obrigações*”. Noutra construção, considera-se que a pessoa colectiva, corresponde a “*um organismo social destinado a um fim lícito, a que o Direito atribui a susceptibilidade de ser titular de direitos e de estar adstrito a vinculações*”⁸¹.

Uma vez que é transversal à conformação das actividades humanas, o Direito dirige a sua regulamentação seja de modo directo ou indirecto aos seres humanos, uma vez que serão estes os destinatários finais. Assim, a pessoa colectiva corresponde a um meio para a realização de um determinado fim humano, sendo estruturada com esse escopo. Porém, a pluralidade de realidades abarcadas pela expressão “*pessoas colectivas*”

⁸¹ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria...cit.*, 418 que seguimos.

com personalidade jurídica conduziu à sistematização dos elementos caracterizadores desta figura jurídica.

Não sendo consensual na doutrina a enumeração dos elementos típicos da personalidade colectiva⁸², optámos por acompanhar a clássica técnica empregue por CASTRO MENDES⁸³ e por CARVALHO FERNANDES⁸⁴, que se funda na distinção entre elementos intrínsecos (substrato, a organização formal e a personalidade) e extrínsecos da pessoa colectiva (objecto e o seu fim)⁸⁵.

No plano dos elementos intrínsecos da pessoa colectiva, o primeiro elemento a analisar é o *substrato*. A personalidade colectiva corresponde a uma realidade social pela qual se prossegue um ou vários fins. À luz do sistema, uma pessoa colectiva corresponde a uma estrutura organizativa que incide sobre uma determinada realidade material, a qual poderá corresponder a um conjunto de pessoas ou a um determinado património, se bem que, regra geral, estes dois substratos combinem entre si, constituindo assim um substrato misto⁸⁶. A existência de uma realidade material subjacente é base inicial de qualquer núcleo colectivo finalisticamente determinado. Outro elemento intrínseco identificado é a existência de uma *organização formal* do substrato, ou seja, uma estrutura organizativa que permita prosseguir os fins a que o substrato foi adstringido ou que conduziram ao agrupamento do núcleo (caso seja patrimonial ou pessoal). A organização formal corresponde à concreta definição do modo de actuação da pessoa colectiva, ao modo interno de funcionamento⁸⁷. Reformulando, a organização formal permite que a pessoa colectiva opere em modo colectivo⁸⁸, permitindo a distinção entre os actos da pessoa colectiva e os actos praticados pelos titulares dos órgãos ou pelas pessoas

⁸² Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria...cit.*, n.1, 421.

⁸³ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito civil...cit.*, 451 ss.

⁸⁴ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria...cit.*, n.2, 421.

⁸⁵ Embora estes elementos sejam usualmente identificados como caracterizadores da personalidade colectiva, essa orientação foi refutada no plano do Direito das Sociedades por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Sociedades...cit.*, I, 243 fundamentalmente em função das excepções que é possível apresentar. Com o devido respeito e pese embora os desvios identificados, a exposição dos elementos tradicionalmente identificados como elementos da pessoa colectiva possibilita demonstrar com maior acuidade a realidade tendencial que subjaz à personalidade colectiva, desempenhando ainda uma relevante função pedagógica.

⁸⁶ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito civil...cit.*, 492 ss e LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria...cit.*, 429.

⁸⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...cit.*, III, 581.

⁸⁸ Actuar em *modo colectivo* exprime, de acordo com o afirmado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Sociedades...cit.*, I, 241 ss, a ideia de imputação de normas a um ente abstracto, as quais, posteriormente, serão reconduzidas a um ou vários seres humanos através da articulação de um sistema de normas que permite identificar, na pessoa colectiva, o destinatário (efectivo) das mesmas.

singulares que correspondem ao substrato da pessoa. Ora, nesta estruturação organizacional do agir, os órgãos desempenham uma função essencial enquanto núcleos configuradores da vontade e actuação: são os órgãos que permitem a existência da pessoa colectiva como unidade dinâmica e activa. Por fim, o último elemento intrínseco respeita à atribuição de personalidade jurídica, ou seja, o reconhecimento da existência de personalidade jurídica por parte do Direito. Todavia, como salienta CARVALHO FERNANDES, o que está em causa nesta sede é a confirmação de que “*aos dois elementos antes analisados* [i.e., já expostos] *se sobreponha a qualidade personalidade jurídica*”⁸⁹. Uma questão duvidosa, porém, prende-se com a identificação do substrato e da organização ao qual não é atribuída expressamente personalidade colectiva embora lhe sejam atribuídos direitos e vinculações respeitantes a uma concreta função, numa situação denominada pela doutrina como *personalidade colectiva rudimentar*⁹⁰, ou seja, situações em que a atribuição de personalidade colectiva resulta da interpretação sistemática da lei e em que é duvidosa a atribuição de personalidade colectiva dado o carácter elementar ou o seu âmbito limitado.

Quanto aos elementos extrínsecos da pessoa colectiva, o primeiro prende-se com a finalidade do ente, ou seja, “*o escopo a atingir pela pessoa colectiva*”⁹¹. O ente, dotado dos elementos intrínsecos, encontra-se finalisticamente para atingir determinado objectivo ou a satisfazer determinados interesses para os quais a pessoa colectiva deverá orientar-se, o qual deve ser determinado, lícito e juridicamente possível, bem como comum ou colectivo ao substrato⁹². Por fim, o último elemento extrínseco da pessoa colectiva prende-se com o objecto da mesma⁹³: correlacionado com a finalidade da pessoa, o objecto corresponde ao modo, à actividade pela qual a pessoa colectiva deseja atingir as suas finalidades⁹⁴; ora, enquanto a finalidade da pessoa colectiva corresponde a um elemento tendencialmente estático, o objecto, como meio para atingir um fim, poderá ser mutável em função das próprias decisões do ente personalizado, o qual deverá optar de

⁸⁹ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria...cit.*, 421.

⁹⁰ Sobre o enquadramento das pessoas colectivas rudimentares, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Sociedades...cit.*, I, 295 ss e LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria...cit.*, 518 ss.

⁹¹ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria...cit.*, 439.

⁹² MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, I, reimp. Coimbra, Almedina, 1983, 59 ss e LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria...cit.*, 440 ss.

⁹³ LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria...cit.*, 442 ss.

⁹⁴ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito civil...cit.*, 507.

entre os meios possíveis aquele que, previsivelmente, poderá conduzir à efectiva obtenção da finalidade.

§3 – Personalidade judiciária da massa insolvente?

Antes de prosseguir a análise, mostra-se essencial aferir, *ab initio*, a atribuição de personalidade judiciária à massa insolvente após a sua constituição uma vez que, no nosso entender, tal característica será relevante para o enquadramento da actividade do administrador de insolvência assim como da actividade processual que ocorra na fase executiva do processo.

A personalidade judiciária, como se encontra disposta em termos gerais no Código de Processo Civil, consiste na susceptibilidade de ser parte em processo (11.º/1 CPC) ou seja, corporiza a possibilidade de um determinado ente ser sujeito activo ou passivo numa determinada relação jurídico-processual em que requeira ou seja requerido para a tutela jurisdicional de uma determinada situação⁹⁵. Dito de outro modo, determina a possibilidade de ser pessoa para efeitos processuais⁹⁶. Ora, este pressuposto dos pressupostos⁹⁷ comporta a base de toda e qualquer actuação jurisdicional⁹⁸ uma vez que a sua ausência impede a titularidade de qualquer relação processual⁹⁹. O enquadramento dogmático da personalidade judiciária carrega ainda um lato conjunto de questões de difícil enquadramento quanto à sua articulação sistemática com outras figuras.

O critério vigente entre nós faz derivar a personalidade judiciária da personalidade jurídica (art. 11.º/2 CPC¹⁰⁰): qualquer entidade susceptível de ser titular de direitos e de ser adstrito por obrigações poderá, consequentemente, revestir judicialmente a qualidade de parte. Não sendo o critério estanque, o sistema atribui, com base num critério de praticabilidade¹⁰¹, personalidade judiciária, a entidades a que não é reconhecida personalidade jurídica pelo que, em abstracto, não poderiam ser titulares de qualquer

⁹⁵ JOÃO ANTUNES VARELA, *Manual de processo civil*, 2ª., Coimbra, Almedina, 1985, 108.

⁹⁶ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito processual civil*, II, Lisboa, AAFDL, 1987, 9

⁹⁷ Assim se refere com acuidade JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito processual...cit.*, II., 13.

⁹⁸ Em sentido similar ao ordenamento jurídico alemão, nos termos do §50 do *Zivilprozessordnung*, pelo qual é atribuída “*capacidade para ser parte*” a quem seja titular de “*capacidade jurídica*”. STEFAN LEIBLE, *Proceso civil alemán*, Medellín, Diké, 1999, 90 ss.

⁹⁹ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito processual...cit.*, II, 10.

¹⁰⁰ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito processual...cit.*, II, 15 e JOÃO ANTUNES VARELA, *Manual...cit.*, 109.

¹⁰¹ Quanto ao pragmatismo da personalidade judiciária cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...cit.*, I, III, 524.

situação jurídica activa ou passiva (art 6.º).

Retomando a questão na óptica do processo de insolvência, o sistema nacional não atribui directamente no CIRE ou no CPC à massa insolvente, constituída por um conjunto de bens e direitos - a susceptibilidade de ser parte, ou seja, personalidade judiciária. No entanto, em função dos efeitos jurídicos derivados da declaração de insolvência, consideramos que é mandatário extrair essa qualidade da massa insolvente mediante uma hermenêutica cuidada do texto legal. Assim, resulta do art. 55º/8 *in fine*, a atribuição ao administrador de insolvência de poderes para celebrar negócios processuais, mediante concordância da comissão de credores, nos processos em que fosse parte o insolvente (art. 81.º/4) ou a própria massa insolvente; de igual modo, nos termos do 146º/1, estabelece-se mais explicitamente, em verificação ulterior de créditos, a necessidade de intentar uma acção contra a massa insolvente para reconhecimento posterior de créditos sobre o insolvente. Por conseguinte, em função do exposto bem como do que tem sido comum na prática jurídica e judiciária¹⁰², é incontroverso o reconhecimento, ainda que de forma tácita pela legislação vigente, de personalidade judiciária à massa insolvente.

Por conseguinte, o administrador de insolvência – a quem cabe administrar a massa – poderá requerer e ser requerido relativamente às diferentes providências judiciárias admitidas pela lei que, necessariamente, se inscrevam nas posições activas e passivas da massa. Aliás, a atribuição de personalidade judiciária à massa insolvente – à época, massa falida - no âmbito do processo concursal de execução universal foi equacionada anteriormente, como salienta PAULO CUNHA¹⁰³, no âmbito de um projecto de alteração do CPC.

Não se afirme que tal atribuição já resultaria do preceituado no art. 6º/a) CPC, o qual concede personalidade judiciária aos patrimónios autónomos semelhantes a heranças cujo titular não se encontra determinado. No nosso entender, este último aspecto conduz à inaplicabilidade do referido preceito à massa insolvente, uma vez que a titularidade da massa insolvente é reconduzida à entidade declarada insolvente. A declaração de

¹⁰² Neste sentido, designadamente, - ainda que alguns arestos no âmbito do direito pregresso - os acórdãos do TRL 16/12/2009, proc. 9011/2005-1, rel. FOLQUE MAGALHÃES, TRP 26/05/2009, proc. 188/09, rel. MARIA GRAÇA MIRA, TRG 01/06/2010, proc. 7605/08, rel. ROSA TCHING e TRP 15/10/2010, proc. 2578/09, rel. DEOLINDA VARÃO.

¹⁰³ RIBEIRO QUEIROZ/PATRÍCIO PAÚL/ PAMPLONA CÔRTE-REAL, *Apontamentos de Processo Civil e Comercial – Curso do 3º ano jurídico*, III, s.i., policopiado, 1938, 135.

insolvência produz a desafecção de um conjunto de bens e direitos do património do insolvente – desafecção que poderá ser total ou parcial, caso estejamos perante uma pessoa singular – com a consequente entrega dos mesmos ao administrador de insolvência. Todavia, se, por uma alteração inesperada de fortuna, se constatar efectivamente que do património insolvente resultou um *quantum* patrimonial superior ao necessário, esse património ingressará novamente no património do insolvente com a consequente extinção da autonomia patrimonial, uma vez obtida a sua finalidade.

Assim, entendemos que a ordem jurídica portuguesa atribui personalidade judiciária à massa insolvente.

§4 – A personalidade colectiva no processo de insolvência?

A pessoa colectiva caracteriza-se pela circunstância de reunir em si um conjunto de elementos organizados e articulados de acordo com estruturação interna e normativa, com o escopo de prosseguir um determinado fim, ao qual o direito atribui a titularidade directa de direitos e de vinculações. Ora, a anterior enumeração dos caracteres identificativos permitiu assentar os elementos cuja verificação teremos de aferir no âmbito processo de insolvência para apreciar a eventual existência de uma pessoa colectiva no âmbito da fase executiva do processo. Tal situação poderá vir a decisiva para a determinação dogmática do plano de insolvência, bem como possibilitar a recondução da autoria do plano.

Aliás, a equação da eventual existência de uma pessoa colectiva gerada processualmente resulta directamente da consagração de órgãos no processo de insolvência, realidade indissociável da ideia de personalidade colectiva, aos quais são atribuídas funções e relações entre os próprios órgãos. Assim, invertendo a análise tradicional, procuraremos averiguar se dos órgãos da insolvência bem como dos elementos que acercam esses centros é possível inferir a existência de uma pessoa colectiva.

A eventual existência de uma pessoa colectiva de âmbito processual, limitada a uma finalidade específica, poderá auxiliar o enquadramento dogmático do plano de insolvência, uma vez que, como referimos, as justificações existentes não se apresentam, no nosso entendimento globalmente satisfatórias.

a. Substrato?

O substrato de uma pessoa colectiva, a realidade onde incide o centro de imputação de normas jurídicas, dependendo do tipo em causa, reconduz-se a um conjunto de pessoas, a um conjunto de bens ou à conjugação de bens e pessoas, formando um substrato misto.

No nosso entender, na fase executiva da insolvência é possível identificar, pelo menos, a existência de um substrato misto, simultaneamente pessoal e patrimonial, sobre o qual incide a actividade dos órgãos da insolvência.

Declarada a insolvência, esta comina, a apreensão imediata do património do insolvente (36.º/1/g) e m)), isto é, da massa insolvência (46.º) a fim de ser entregue ao administrador de insolvência (149.º e 150.º) bem como transfere para o administrador de insolvência a recepção do cumprimento das prestações dos créditos do devedor. Assim, pela declaração de insolvência constitui-se, mediante extracção do património do devedor, a massa insolvente, património autónomo, composta pela universalidade de bens e direitos do devedor, finalisticamente destinado à satisfação dos credores da insolvência (e das dívidas do processo - 46º/1¹⁰⁴.

Outro aspecto de relevo, anteriormente densificado, prende-se com a personalidade judiciária da massa insolvente. À concessão de autonomia jusprocessual pela constituição da massa insolvente poder-se-á considerar associada uma certa autonomia jurídica, pelo menos, processual. No entanto, da atribuição de personalidade judiciária não é possível inferir qualquer atribuição de personalidade jurídica como resulta, entre nós, unânime na doutrina¹⁰⁵. Porém, não deixa de ser um indício a atribuição de uma posição processual a uma substância à qual, aparentemente, não poderiam ser imputáveis normas jurídicas. Concluimos assim pela existência de um substrato patrimonial, o qual corresponde à massa insolvente.

¹⁰⁴ A massa insolvente corresponde ao conjunto de bens e direitos que, pela declaração de insolvência, deixaram de se encontrarem afectos à satisfação dos interesses do insolvente para serem redireccionados para a satisfação dos credores. Assim, resulta da declaração de insolvência uma efectiva autonomização *de jure* do referido património, cuja gestão é entregue ao administrador de insolvência de acordo com o regime padrão. Esta desanexação jurídica não se deixa de verificar nem é prejudicada, no nosso entender, perante a atribuição da administração da massa ao devedor declarado insolvente como previsto pelo regime plasmado no art. 226º.

¹⁰⁵ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito processual...cit.*, II., 14 ss.

Quanto à existência eventual de um substrato pessoal, o mesmo terá de ser indagado junto aos credores do processo. Tendo presente que o substrato pessoal corresponde a um conjunto de pessoas, singulares ou colectivas, unificadas com o escopo de prosseguir finalidades e interesses comuns¹⁰⁶, essa realidade encontra-se presente, no nosso entender, no processo embora consideremos que o primeiro desempenha uma função primordial. Como resulta do art. 90º, o processo de insolvência caracteriza-se pela força atractiva que produz sobre a universalidade dos credores atendendo que estes apenas poderão exercer os seus direitos nos termos previstos no CIRE.

Os credores terão, assim, de recorrer ao processo, sendo essa qualidade certificada na fase declarativa por via da sentença de verificação e graduação de créditos (140.º) ou mediante verificação ulterior de créditos. Pois bem, a admissão de um crédito ao processo atribui a qualidade de credor da insolvência ao titular do mesmo, o que permite integrar os órgãos do processo, designadamente a assembleia de credores, nos termos do art. 72º/1. É possível, assim, observar que os credores da insolvência consubstanciam o suporte essencial do referido órgão, o qual define a vontade determinante para a formação do plano

Sendo que é através dos órgãos, quando inseridos na pessoa colectiva, que se possibilita a formação da vontade do ente, consideramos identificável nos credores da insolvência um substrato pessoal de uma eventual pessoa colectiva no âmbito do processo de insolvência.

Em síntese, reputamos é identificável no processo de insolvência uma determinada realidade material subjacente, simultaneamente patrimonial e pessoal, em virtude da finalidade a que esse património se encontra adstrito, a satisfação dos credores¹⁰⁷.

b. Organização formal?

A organização formal corresponde, como se estabeleceu, à estruturação interna que permite à pessoa colectiva operar, numa realidade que se reconduz à actividade orgânica dos entes. Ainda que a estrutura orgânica se modifique consoante a pessoa

¹⁰⁶ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito civil...cit.*, 493.

¹⁰⁷ A satisfação dos credores ocorrerá invariavelmente com base na massa insolvente. Assim, se em caso de liquidação da massa é evidente que a satisfação decorre do valor obtido nessa sede, na hipótese de recuperação empresarial será através dos rendimentos obtidos pela massa insolvente que os credores obterão a sua satisfação, ainda de diferida no plano temporal.

colectiva em causa – basta, para o efeito, confrontar o regime associativo e fundacional, onde releva, respectivamente, o substrato pessoal e o substrato patrimonial – é usual, verificada a sua transversalidade, apresentar uma classificação tripartida quanto aos órgãos da pessoa colectiva¹⁰⁸ consoante sejam *a)* órgãos de formação de vontade ou deliberativos-internos, *b)* órgãos de administração e representação ou *c)* órgãos de fiscalização, ainda que o regime geral das pessoas colectivas (cf. 162.º CC¹⁰⁹) afirme somente a existência de um órgão colegial de administração e de um órgão de fiscalização¹¹⁰.

Transportando esta realidade para o processo de insolvência, no capítulo II do título III, o CIRE procede à regulamentação três realidades que denomina por “*órgãos da insolvência*”, a qual engloba o administrador de insolvência (secção I), a comissão de credores (secção II) e a assembleia de credores (secção III). Para além da terminologia empregue pelo legislador, a qual corresponde a um indício, ainda que não decisivo nesse sentido, importa aferir o sentido das competências atribuídas individualmente a cada um dos órgãos da insolvência, de forma a potenciar a realização de um paralelismo entre as realidades.

Assim, o administrador da insolvência é um órgão obrigatório¹¹¹ do processo de insolvência (52º a 65º) nomeado pela sentença de declaração de insolvência (36.º/1/d), ao qual incube prover à administração a massa insolvente (55.º). Ora, o emprego do vocábulo “*administração*” admite em si uma pluralidade de funções que competem ao administrador de insolvência enquanto órgão singular, as quais poderão ser expandidas ou restringidas em virtude do estipulado no plano de insolvência¹¹² pelo que, em síntese, ao

¹⁰⁸ Seguimos, quanto a este ponto embora com adaptações em virtude do seu direccionamento para a realidade das sociedades comerciais, a classificação apresentada por JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, II – Das sociedades*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, 57 ss.

¹⁰⁹ Na redacção introduzida recentemente no preceito pelo art. 3º da Lei 24/2012, de 9 de Julho, que aprova a lei-quadro das fundações e altera o Código Civil.

¹¹⁰ A *ratio* do mencionado preceito não aludir à existência de um órgão deliberativo-interno de formação de vontade reputa-se à sua inadequação enquanto regra geral das pessoas colectivas perante a existência de tipos, designadamente o tipo fundacional, onde essa assembleia não existirá em virtude da inexistência de um substrato pessoal. Neste sentido, cfr LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria...cit.*, 433.

¹¹¹ Como resulta do ac. do TRL de 23/03/2011, proc. 572/08, rel. ANA RESENDE, a atribuição da administração da massa insolvente ao devedor não implica a inexistência do administrador de insolvência enquanto órgão da insolvência.

¹¹² Cabe, designadamente, ao administrador de insolvência, promover ao pagamento das dívidas do insolvente (55º/1/a), à conservação e frutificação dos direitos do insolvente bem como à continuação da exploração da empresa (55º/1/b), à contratação de trabalhadores com vista à continuação da actividade

administrador de insolvência cabe governar o património constituído pela massa insolvente ao qual deverá dar o destino processualmente definido para a satisfação dos credores.

Saliente-se no entanto que ao administrador de insolvência enquanto órgão cabe, por um lado, administrar e representar a massa insolvente e, por outro, representar a pessoa declarada insolvente em processo quanto determinados aspectos patrimoniais. No entanto, a administração e representação das duas realidades enquanto esferas autónomas deve ser disjunta e de forma a não potenciar equívocos.

Face ao exposto, as funções do administrador de insolvência correspondem, *grosso modo*, às funções de um órgão de administração e representação de uma pessoa colectiva.

A comissão de credores, esta corresponde a um órgão colegial de formação eventual do processo (66.º a 71.º), de constituição oficiosa ou mediante iniciativa da assembleia de credores. À comissão de credores são atribuídas funções de fiscalização e colaboração da actividade do administrador de insolvência (68.º/1), bem como autorização para a realização de um conjunto de actos por parte do administrador de insolvência para os quais é requerido o consentimento do órgão (161.º/1 e 3). Compete ainda à comissão de credores emitir parecer relativamente à proposta de plano de insolvência admitida a processo (208.º).

No entanto, a actividade da comissão de credores encontra-se numa posição de subalternidade perante a assembleia de credores, uma vez a posição declarada pelas deliberações do segundo órgão prevalecem sobre os actos praticados pela comissão¹¹³. Assim, a comissão de credores corresponde a um órgão colegial cujas funções atribuídas correspondem à fiscalização e controlo, prévio ou ulterior, da actividade do administrador de insolvência. Por conseguinte, consideramos que existe uma verdadeira relação de

(55º/4), prestação de informações sobre a administração e liquidação da massa (55º/5 e 79º), representação do devedor para todos os efeitos de carácter patrimonial de relevo para a insolvência (81º/4), promoção da resolução em benefício da massa insolvente (123º/1), verificação dos créditos admitidos e não admitidos ao processo (129º/1), apreender os bens da massa insolvente (150º/2) bem como proceder à liquidação dos bens (158º/1).

¹¹³ Resulta do art. 80º que a relação de competência estabelecida entre a comissão de credores e a assembleia de credores assenta numa lógica de círculos parcialmente sobrepostos: assim, no que respeita a actos sujeitos a deliberação da comissão de credores, a assembleia pode fazer substituir a deliberação da primeira pela sua; todavia, num plano de fiscalização ou colaboração com o administrador de insolvência, a assembleia apenas poderá exercer as competências que lhe são atribuídas directamente.

similitude entre a comissão de credores e o órgão de fiscalização de uma pessoa colectiva.

Quanto à possibilidade de inexistência do órgão de fiscalização, por decisão do juiz (66.º/2) ou da assembleia de credores (67.º/1), essa circunstância não tolhe uma eventual identificação de uma pessoa colectiva uma vez ser reconhecido, no nosso direito, a existência de pessoas colectivas sem órgão de fiscalização¹¹⁴, o que não obsta que à efectivação desta actividade numa lógica inorgânica, mediante atribuição de poderes ao substrato¹¹⁵.

Por fim, observemos a assembleia de credores¹¹⁶. Regulado nos arts. 72.º a 80.º, este órgão caracteriza-se pela sua colegialidade, uma vez que a titularidade do órgão é atribuída à universalidade de credores¹¹⁷. Face a essa característica, a sua actividade deverá passar, antes de mais, pela deliberação relativamente às proposições apresentadas a votação pelo presidente da assembleia¹¹⁸. Regra geral, as deliberações do órgão são tomadas por maioria dos votos emitidos (77.º), regime excepcionado no caso do plano de insolvência (212.º)¹¹⁹.

Na assembleia de credores conjugam-se os diversos entendimentos e interesses dos credores existentes no processo, sendo a deliberação um modo exímio de proceder a essa harmonização. Um dos aspectos que poderá indiciar a existência de um ente colectivo resulta do nº1 do art. 78º do CIRE, o qual prevê a reclamação por parte de um credor de uma deliberação da assembleia de credores que se revele *contrária ao interesse comum dos credores*, instituindo um controlo jurisdicional da deliberação. O preenchimento do conceito *interesse comum dos credores* afigura-se complexo, tendo

¹¹⁴ Como pode verificar-se nas sociedades em nome colectivo, regulamentadas nos arts. 175º a 196º CSC, nas sociedades em comandita simples, reguladas nos arts. 465º a 477º e, em certas situações, nas sociedades por quotas conforme estabelecido no art. 262º/1 CSC. Sobre a fiscalização nas sociedades comerciais em geral cfr. JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso...II cit.*, 59.

¹¹⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Sociedades II... cit.*, 427 ss.

¹¹⁶ A análise efectuada nesta sede é complementada pelo que se afirmou *supra* em II, §2.

¹¹⁷ O direito – e, simultaneamente, dever – de participação na assembleia de credores é atribuído de igual modo, nos termos do art. 72º/5, ao administrador de insolvência, aos membros da comissão de credores bem como ao devedor e aos seus administradores, se for o caso. A *ratio* da norma é, em grande medida, a que subjaz ao art. 379º/4 CSC pelo qual se institui o dever de presença nas assembleias gerais de accionistas dos administradores, dos membros do órgão de fiscalização bem como do conselho geral e de supervisão, caso este exista em função do modelo de governação escolhido: sujeitar ao escrutínio da assembleia, representativa do substrato, os órgãos dos entes, de modo a possibilitar a obtenção de informação directamente dos sujeitos que terão conhecimento directo sobre os factos, de modo a permitir a formação do sentido de voto na assembleia.

¹¹⁸ *In casu*, o juiz do processo, a quem é atribuída a presidência da assembleia de credores como resulta do art. 74º.

¹¹⁹ Relativamente à votação necessária para a aprovação do plano de insolvência cfr. *supra* II, §2.

sido reconduzido o referido conceito à “*optimização possível da satisfação dos créditos*”¹²⁰, ponderadas as alternativas exequíveis¹²¹⁻¹²². Noutro prisma, a existência de um interesse comum dos credores como parâmetro de admissibilidade da deliberação convoca a querela sobre a eventual existência de um interesse próprio da pessoa colectiva ou se este deve ser reconduzido ao interesse dos titulares das partes sociais ou do substrato¹²³. Todavia, este aspecto releva a existência de um parâmetro transversal de avaliação relativamente às realidades que poderão satisfazer as suas necessidades¹²⁴, evidenciando uma coordenação dos credores quanto à satisfação dos seus créditos, a qual se assemelha – até nos aspectos mais problemáticos – à lógica das pessoas colectivas. Em suma, o interesse comum dos credores é coincidente com a finalidade da massa enquanto satisfação dos credores do modo mais eficiente possível.

As competências da assembleia de credores afiguram-se bastante vastas, pelo que o legislador optou por dispersar a sua atribuição ao órgão ao longo do CIRE, à medida que regulamentava os concretos aspectos deste processo de execução universal¹²⁵. Por conseguinte, as funções da assembleia de credores podem sintetizar-se na manifestação do

¹²⁰ LUÍS CARVALHO FERNANDES/ JOÃO LABAREDA, *CIRE anotado... cit.*, 328, anot. 78º.

¹²¹ Todavia, consideramos que a norma em causa deverá ser aplicada com parcimónia, somente perante situações de prossecução flagrante do interesse particular de um credor ou de um conjunto de credores em prejuízo dos restantes, quer através da celebração de acordos de voto, sob pena de se inviabilizar o domínio do processo atribuído pelos credores.

¹²² O interesse comum dos credores como parâmetro de apreciação de uma deliberação da assembleia de credores foi analisado no ac. do TRC de 27/10/2010, proc. 255/10, rel. CARLOS GIL, no qual se considerou que a contraposição de interesses entre credores torna difícil a identificação do referido parâmetro; todavia, o referido aresto considerou que “*é possível afirmar que é o interesse de todos os credores a máxima satisfação dos seus créditos*”, conquanto “*essa máxima satisfação não significa necessariamente a satisfação imediata dos créditos*”, pelo que uma dilação temporal do crédito poderá conduzir à sua percepção total ou quase total. A esta orientação o referido acórdão acrescenta que se deve considerar incluso no interesse comum dos credores o respeito pelos vectores que enformam o processo enquanto concurso de credores, designadamente os princípios da igualdade e da proporcionalidade bem como a hierarquia em situações materialmente fundadas.

¹²³ Sobre o interesse da pessoa colectiva, numa óptica de Direito Societário, cfr. JOSÉ MARQUES ESTACA, *O interesse da sociedade nas deliberações sociais*, Coimbra, Almedina, 2003. Através da referência ao interesse comum dos credores, o processo de insolvência parece (transpor e) resolver a querela que se verifica no direito societário entre orientações institucionalistas e contratualistas no que respeita ao interesse social, adoptando um posicionamento contratualista da questão. Cf. o citado autor a 106 ss e 114 ss.

¹²⁴ Sobre a noção de interesse que apresentamos cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Sociedades I... cit.*, 790 ss.

¹²⁵ Exemplificativamente, compete ao órgão, entre outras, eleger administrador de insolvência distinto do nomeado pelo juiz (53º/1), conformar ou extinguir a comissão de credores (67º/1), deliberar sobre o relatório apresentado pelo administrador de insolvência, bem como a manutenção ou encerramento da empresa (156º/1 e 2), conceder a administração da massa ao devedor (224º/3), bem como aprovar o plano de insolvência (212º).

entendimento do órgão, por meio de deliberação, relativamente aos actos de maior relevo do processo, numa actividade primordialmente deliberativa. Deste modo, as funções e competências da assembleia de credores denotam uma elevada similitude com a actividade dos denominados órgãos deliberativos das pessoas colectivas, através do qual se forma, tendencialmente, a vontade interna da pessoa colectiva.

Porém, a assembleia enquanto órgão deliberativo afasta-se de uma das características comuns dos órgãos deliberativos das pessoas colectivas quanto ao estabelecimento de relações entre o órgão e terceiros sem a mediação do órgão de administração¹²⁶. Ora, como resulta do art 217º, a homologação do plano de insolvência confere eficácia aos negócios contidos no mesmo, sem que exista a mediação do administrador de insolvência¹²⁷. Todavia, em nosso entender, esta característica da actividade orgânica da assembleia de credores não obsta à sua classificação enquanto órgão deliberativo uma vez que o sobredito desvio se funda no carácter processual: não podemos ignorar que a actividade desenvolvida pelo órgão administrativo, o administrador de insolvência, nos termos do art. 11.º/a) da Lei n.º 22/2013, é equiparada quanto a certos aspectos à actividade do agente de execução, ou seja, como um órgão auxiliar da justiça¹²⁸, pelo que a actividade orgânica do administrador de insolvência deverá ser equacionada como órgão de justiça e como órgão de administração. Ora, o administrador de insolvência actua, no plano processual, como auxiliar do tribunal com vista à satisfação dos credores pelo que essa circunstância compele a uma adaptação das suas funções enquanto órgão de administração e de representação. Por outro lado, ergue-se o predomínio da expressa pela assembleia de credores, o que implica a ampliação da sua actuação, o que conjugado, com a natureza do administrador, permite apreender a expansão dos poderes do órgão. Em síntese, na nossa apreciação tal facto não obsta à qualificação da assembleia de credores como órgão deliberativo.

Em síntese, podemos identificar no processo de insolvência a existência de três órgãos cujas funções se reconduzem, em grande medida, às actividades típicas dos órgãos

¹²⁶ Referindo expressamente a tendencial actividade com efeitos puramente no interior da estrutura societária cfr., JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso...II cit.*, 59.

¹²⁷ Aliás, a própria aprovação do plano de insolvência como negócio jurídico unilateral produz efeitos para além da típica relação no âmbito da organização formal.

¹²⁸ Neste sentido, ainda que no âmbito da legislação pregressa, cfr. ac. TRL de 12/10/2011, proc. 674/08, rel. MARIA JOSÉ COSTA PINTO.

existentes nas pessoas colectivas existentes na ordem jurídica. A esta circunstância acrescem as relações que se estabelecem entre os referidos órgãos, similares em grande medida às que ocorrem no universo das pessoas colectivas. Por fim, se nos é permitida a imagem, este triângulo orgânico assenta, para além das relações que se estabelecem entre si, no direccionamento do substrato que anteriormente identificado.

c. Personalidade?

O último aspecto tipicamente apontado como elemento intrínseco da personalidade colectiva prende-se com a atribuição de personalidade jurídica a esse substrato unificado sobre uma organização pelo que é necessário aferir essa mesma realidade no nosso âmbito. Caso se constate afirmativamente este facto, essa circunstância permitirá, certamente, alicerçar a existência de uma pessoa colectiva.

Um ponto prévio prende-se com a atribuição de personalidade judiciária autónoma à massa insolvente conforme alicerçado. Porém, embora esta incontroversa, da atribuição de personalidade judiciária à massa não é possível extrair a existência de personalidade jurídica¹²⁹. de um centro autónomo de imputação de normas jurídicas substantivas, pelo que remetemos para as considerações efectuadas anteriormente.

Em concreto, quanto à susceptibilidade de ser sujeito passivo de obrigações, parece resultar do art. 51º a atribuição dessa faculdade. Opera no sistema insolvencial português uma dicotomia, entre, por um lado, créditos sobre a insolvência, os quais correspondem aos créditos existentes aquando da declaração de insolvência (47.º) e, por outro, as dívidas da massa insolvente (51.º), às quais é concedido um regime privilegiado pelo seu pagamento prioritário das dívidas da massa em relação às dívidas da insolvência (172.º/1)

Entre as dívidas da massa encontram-se as dívidas resultantes da actuação do administrador de insolvência bem como as dívidas emergentes dos actos de administração da massa. Por conseguinte, uma vez que a massa insolvente consubstancia um património finalisticamente destinado à satisfação dos credores, autonomizado do património originário do devedor insolvente, resulta da conjugação dos arts. 51º/1/c e d) e art. 172º/1 *in fine* a adstrição, da própria massa, ao cumprimento de determinadas obrigações. O

¹²⁹ Cf. *supra* III §3.

legislador aponta exactamente nesse sentido ao estabelecer no art. 89º/1 um período de três meses durante o qual não poderão ser intentadas acções executivas por dívidas da massa insolvente onde esta figurará como executada. Não se confunda, eventualmente, a administração da massa pelo administrador e a representação do insolvente: na verdade, a celebração de contratos por parte do administrador de insolvência corporizam actos que se repercutem de modo imediato e directo na massa.

Quanto à titularidade de direitos, pela declaração de insolvência opera a autonomização patrimonial que aludimos. Porém, mais significativa é a possibilidade de constituir novos direitos: do nº4 do art. 55º resulta a possibilidade de celebrar contratos de trabalho¹³⁰ por parte do administrador, do qual resulta a formação de uma relação jurídica complexa. Quanto aos deveres, o pagamento da retribuição consubstancia em nosso entender uma dívida da massa nos termos do art. 51º/1/d) ou, eventualmente, e)¹³¹.

Assim, uma vez que lográmos demonstrar, com base no CIRE, a possibilidade de a massa insolvente ser titular de direitos e adstrita a obrigações, é imperativo concluir pela existência desta vertente. No entanto e embora identificada essa susceptibilidade, parecem-nos, de igual modo, que os direitos e adstrições que a massa se encontram directamente limitados pela finalidade da massa. A massa insolvente corresponde, por definição, a um património cuja existência autónoma corporiza um mero veículo de satisfação dos credores pelo que é, nessa mesma medida, limitada quanto às finalidades e no plano temporal. Assim, uma vez findo o processo, a massa esgotou o seu objecto de actuação. No entanto, por ser notável, não poderemos deixar de assinalar a atribuição da possibilidade de ser titular de direitos e obrigações conectados com o processo e no âmbito do processo.

d. Objecto?

¹³⁰ O preceito em causa não regula o destino dos contratos de trabalho quando estes não sejam celebrados para a manutenção da actividade dos estabelecimentos contidos na massa insolvente, designadamente quando a sua finalidade seja apoiar na liquidação da massa. Todavia, parece resultar que a sua caducidade dos mesmos deve ocorrer com encerramento do processo, nos termos dos arts. 230º e 232º. Aliás, a contratação nestes termos deverá ocorrer – afigura-nos admissível – mediante aposição de termo incerto, seja este a liquidação da sociedade ou o encerramento do processo.

¹³¹ Da relação laboral brotam um conjunto de direitos, exemplificativamente, os resultantes do art. 128º CT. Sobre o conjunto de situações jurídicas que brotam do contrato de trabalho, com especial incidência no empregador, cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho, II – Situações laborais individuais*, 3ª, Coimbra, Almedina, 2010, 148 ss.

O objecto de uma pessoa colectiva corresponde à actividade concretamente desenvolvida pelo centro de imputação de normas com o escopo de alcançar da sua finalidade pelo que, como tal, a definição do objecto de uma pessoa colectiva encontra-se arreigado aquela. No nosso entender, esta realidade pode ser transposta para o processo de insolvência sem que essa tarefa exija um elevado grau de complexidade.

Assim, se o objecto da pessoa colectiva depende da sua finalidade¹³², o sentido do objecto do eventual ente encontra-se predeterminado pela finalidade do processo¹³³. Porém, o modo como essa satisfação dos credores operará, ou seja, o objecto, poderá passar pela liquidação do património ou por outra actividade que seja estipulada, nomeadamente pelo plano de insolvência. Ora, se na primeira hipótese o objecto encontra-se predeterminado pelo regime legal supletivo, que passa, no essencial, pela liquidação do património do devedor e subsequente repartição, na segunda hipótese, o plano de insolvência determinará a concreta actividade – remissão de dívidas, alienação de património, locação ou transmissão de estabelecimento comercial ou empresa, continuação da actividade empresarial, entre outras – que proporcionará a satisfação dos credores por via do processo em função do objecto seleccionado.

Ora, a fase executiva do processo de insolvência é susceptível de influir no objecto que conduzirá à finalidade do processo, em manifesta similitude com o regime da personalidade colectiva.

e. Finalidade?

Como considerámos anteriormente, a pessoa colectiva é um instrumento, uma construção jurídica, finalisticamente destinada à satisfação de finalidades humanas. Consequentemente, a instituição de uma pessoa colectiva opera como veículo nessa prossecução, que deverá ser definida *ab initio*. O desígnio da entidade jurídica personalizada define-se pela sua finalidade, cuja amplitude poderá variar consoante o tipo de pessoa, pelo que uma vez esta cumprida – ou, impossível de alcançar – impõe extinção da pessoa colectiva em causa¹³⁴, pelo que a relação entre o ente e o seu fim é nuclear para

¹³² Pense-se na hipótese de uma associação que determinará as suas actividades em função do que proponha a atingir.

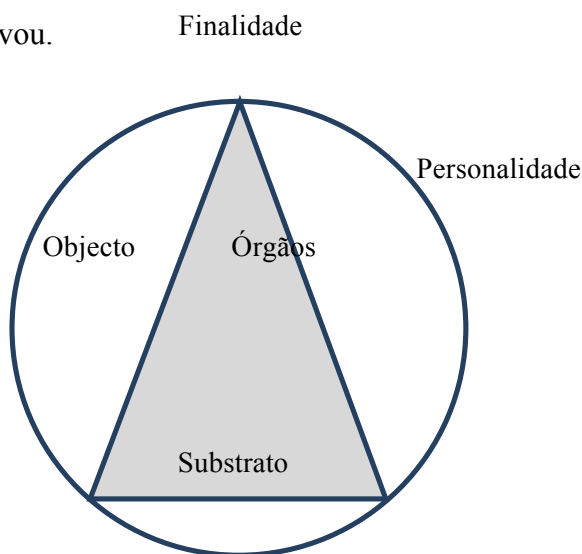
¹³³ Sobre este aspecto cfr. *supra* I, §1.

¹³⁴ Assim, podemos observar que a extinção ou dissolução de diversas pessoas colectivas ocorre em função do cumprimento da sua finalidade. Assim, cfr. exemplificativamente o art. 182º/2/a) para as associações, o

o direito¹³⁵.

Transpondo a realidade retratada para a insolvência, já ficou densificada a finalidade do processo como meio de satisfação dos interesses dos credores¹³⁶, independentemente da forma pela qual esta seja alcançada. Por conseguinte, os elementos que analisámos encontram-se permanentemente unificados, em resultado da referida finalidade, pela qual, diga-se, passa necessariamente a apreensão do regime jusinsolvencial. A finalidade permite, assim, agregar os elementos coerentemente numa unidade lógica a pluralidade de aspectos que coexistem no processo de insolvência, pelo que esta desenvolve um papel essencial enquanto elemento aglutinador.

Em face do que ficou exposto, a fase executiva do processo de insolvência poderá ser estilisticamente conformado como um triângulo equilátero incluso numa esfera: na base do trilátero ancora-se no substrato, do qual brotam dois lados identificáveis com o objecto e pela organização formal (órgãos), direccionados à finalidade do ente, a satisfação dos credores, sendo que a referida estrutura trilateral se encontra contida numa esfera de personalidade jurídica, a qual lhe permite ser titular de direitos e sujeito a obrigações como se observou.



Consequentemente, reputamos identificável relativamente aos referidos elementos do processo de insolvência uma finalidade que, à semelhança do que se verifica nos substratos dotados de personalidade jurídica colectiva, poderá unificar e é fundamental a eventual existência do referido ente.

art. 192º/2/a) para as fundações bem como o art. 141º/1/c) CSC para as sociedades comerciais.

¹³⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria...cit.*, 145.

¹³⁶ Cfr. *supra* I §1.

f. Síntese

Da identificação dos elementos caracterizadores da personalidade colectiva, e de um raciocínio centrado na verificação da realidade retratada para a existente na fase executiva do processo de insolvência, foi possível identificar a existência de uma lógica semelhante à que enforma a personalidade colectiva.

A declaração de insolvência gera uma pluralidade de efeitos que se irão repercutir principalmente na pessoa e o património do devedor bem como sobre o universo de credores. Da referida sentença resulta, a formação de um novo património, uma massa patrimonial juridicamente autónoma extraída e autonomizada da esfera originária do devedor insolvente com vista à satisfação dos seus credores bem como a construção de uma estrutura juridicamente concatenada, de teor orgânico, que irá fundear a sua actividade, por um lado, na massa patrimonial autonomizada e, por outro, na universalidade de credores que o processo pretende satisfazer.

Ora, o regime jurídico insolvencial que configura os referidos elementos permite que se opere um juízo de similitude entre a lógica do processo de insolvência e o funcionamento do modo colectivo em que actua uma determinada pessoa jurídica colectiva: por conseguinte, constatámos a existência de uma *proto-entidade* que partilha com a pessoa colectiva, simultaneamente, os seus elementos característicos e o seu modo de operar. Porém, a circunstância capital que coloca a identificabilidade de personalidade colectiva no âmbito da fase executiva do processo de insolvência prende-se com a atribuição ao ente, ainda que de modo limitado quanto ao tempo e aos seus limites, da susceptibilidade de ser titular de direitos e sujeito passivo de obrigações.

Ainda a identificação de um direito ou de uma obrigação directamente imputável ao ente pudesse conduzir, de acordo com a doutrina tradicional, à atribuição integral de personalidade jurídica, não cremos que seja adequado¹³⁷: no nosso entender, a identificabilidade da personalidade jurídica a entidades de escopo limitado terá de ser fundada num corpo argumentativo que ultrapasse o mero silogismo que extraí da

¹³⁷ Como salienta ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO em *Sociedades...cit.*, I, 295, a identificação de situações constituídas *ex lege* caracterizadas pela atribuição, de âmbito limitado, dessa susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações colocou em causa as classificações dogmáticas formalísticas, o que conduziu à necessidade de reequacionar o universo conceptual

existência de um direito ou obrigação a qualidade de pessoa jurídica. Assim, por esta via, encontramos-nos colocados, novamente, perante uma questão dogmático cuja resolução enfrenta questões densas e profundos. No entanto, a materialidade corresponde, no nosso entender, ao elemento relevante que terá de ser ponderado para a definição do problema. O ente opera mediante o accionamento de um conjunto normativo (a estruturação orgânica) que permite a este ente operar em modo colectivo, ou seja, mediante um sistema abstracto que permite reconduzir os comandos dirigidos ao ente à concreta actividade humana requerida. Acrescendo a circunstância de este centro ser alvo directo e imediato de regulamentação, consideramos que estão reunidos os pressupostos para a identificação de uma entidade dotada de personalidade colectiva, ainda que *rudimentar* em função da conformação que lhe é dada pelos limites e finalidades do processo de insolvência¹³⁸. Consideramos que o reconhecimento de personalidade jurídica plena ao ente repugnaria, assim, ao sistema jurídico globalmente considerado atendendo às limitações que este ente evidencia. Contudo, noutra prisma, perante a realidade identificada, esta não poderia permanecer sem qualquer enquadramento dogmático que dificultasse a resolução de situações limite, substantivas ou processuais pelo que consideramos adequado a identificação do ente com o fenómeno da personalidade rudimentar como *media via* entre a desconsideração e o reconhecimento de personalidade jurídica plena.

Retomando um aspecto que se prende com a titularidade de situações do eventual ente, os direitos e as obrigações que surjam nesta fase reconduzem-se de modo directo e imediato ao ente e não, como se poderia equacionar, ao insolvente sob representação legal do administrador de insolvência: os n.ºs 4 e 5 do art. 81º permitem vislumbrar que no processo é traçada, efectivamente, uma diferenciação entre o património remanescente e o que integra a massa¹³⁹, assim como a proclamação de um conjunto de passivos,

¹³⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Sociedades...cit.*, I, 297.

¹³⁹ Esta diferenciação não é clara no caso das pessoas colectivas, nas quais, tendencialmente, a totalidade do património integrará a massa insolvente. Todavia, no caso das pessoas singulares declaradas insolventes, esse efeito jurídico surge claramente definido, pelo que existe uma separação de patrimónios entre o que permanece na esfera do insolvente e o que integra a massa. Assim, pela dinâmica do processo poder-se-ão verificar duas situações: numa, a mais comum, o património que integra a massa é liquidado para satisfazer os credores, extinguindo-se. Porém, na hipótese de se encerrar o processo de insolvência, designadamente na situação prevista no art. 230º/1/c), o património integrado na massa unifica-se novamente na esfera jurídica do devedor. É a percepção destas subtilezas que permite apreender os expedientes técnicos que operam no processo. Analisando a questão, numa entendimento que não acompanhamos, extraindo da declaração de insolvência uma situação de inoponibilidade dos seus actos à massa e não, como nós, uma completa autonomização patrimonial cfr., JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “*Legitimidade do insolvente para fazer*

designadamente assumidos após a declaração de insolvência pelos quais é responsável a massa donde se extraí a capacidade passiva da massa bem como, de modo necessário, a capacidade activa de onde derivaram esses passivos.

Por conseguinte e em síntese, resulta do processo, se analisado pelo prisma que apresentámos, a constituição intraprocessual, na fase executiva do processo, uma entidade cuja actuação logra produzir efeitos processuais e substantivos durante a pendência do processo e até ao seu encerramento do processo, considerando as finalidades apresentadas. A identidade que se verifica entre a realidade identificada e um ente dotado de personalidade jurídica colectiva são manifestas pelo que se poderia ponderar a identificação de personalidade jurídica e, consequentemente, qualificar a entidade enquanto pessoa colectiva.

Porém, não podemos deixar de salientar a limitação no plano temporal e das finalidades. O ente é constituído com o escopo de possibilitar, no âmbito do processo, a satisfação dos credores do insolvente. Ainda que lhe seja atribuída personalidade judiciária à massa insolvente bem como a possibilidade de titular direitos e obrigações substantivas, as prerrogativas assinadas figuram condicionadas pelo fim do processo e pelas vicissitudes que este sofra. Deste modo, pesadas todas as manifestações do regime analisado, consideramos que é passível de ser identificada uma *pessoa jurídica rudimentar* no âmbito da fase executiva do processo de insolvência. O carácter rudimentar do ente identificado passa, no essencial, pela sua alocação processual, princípio e fim da sua existência no plano do Direito. Uma vez satisfeitos os credores, a pessoa rudimentar atinge o seu fim e, necessariamente, segue o destino do processo, isto é, o seu encerramento. Por fim, noutra prisma, a identificação de uma pessoa jurídica rudimentar permite aprofundar a ideia de comunidade de perdas que é convocada repetidas vezes para explicar a relação triangular entre o insolvente, os seus credores e o património como garantia geral das obrigações. Ora, a ideia de comunidade quanto à fortuna dos credores assenta adequadamente na pessoa jurídica rudimentar enquanto modelo explicativo do fenómeno, pelo que permite, igualmente, fundamentar a identificação efectuada.

Assim à pessoa jurídica rudimentar que entendemos brotar processo de insolvência, denominámos, por conveniência de exposição, por *pessoa insolvencial*, isto é, o centro autónomo de imputação de normas jurídicas que surge no âmbito e nos termos do processo de insolvência com o escopo de lograr obter a satisfação dos credores do insolvente.

§5 – A pessoa insolvencial e o plano de insolvência

As considerações tecidas quanto à pessoa insolvencial como realidade intraprocessual compelem-nos a reestruturar o pensamento referente ao plano de insolvência ou, dito de outra forma, compelem-nos a adequar e harmonizar o que foi afirmado.

O plano de insolvência foi caracterizado como um negócio jurídico unilateral da autoria da assembleia de credores. Todavia, em função do que apurámos, consideramos que será adequado reequacionar o plano de insolvência no que respeita à autoria do acto. Assim, o plano de insolvência deverá ser entendido como originário da pessoa insolvencial, da qual a assembleia de credores constitui órgão de formação de vontade mediante deliberação e parte integrante da referida estrutura. A especialidade quanto a este acto respeita à circunstância do mesmo ser organicamente produzido pelo órgão deliberativo e não pelo órgão executivo da pessoa insolvencial: no entanto essa nuance resulta da natureza do administrador de insolvência enquanto órgão administrativo da pessoa insolvencial no exercício de funções públicas. *Por conseguinte, o plano de insolvência corresponde, no nosso entender, a um negócio jurídico unilateral, cuja competência para o mesmo é atribuída, em exclusivo, à pessoa insolvencial.*

De igual modo, qualificámos o plano de insolvência como um negócio processual *sui generis* em virtude do seu enquadramento na categoria, se atendermos à função e efeitos do mesmo, ainda que não seja possível reconduzir o plano a nenhum dos tradicionais negócios processuais.

O plano de insolvência é dotado de características que o permitem diferenciar dos restantes negócios processuais: assim, por um lado, consubstancia um acto característico pela sua unilateralidade e pela produção efeitos sobre uma pluralidade de situações jurídicas, potencialmente sobre o universo de credores da insolvência, produzindo efeitos

processuais e efeitos substantivos.

A unilateralidade e a eficácia plurisubjectiva enquanto características do plano de insolvência são reforçadas pelo próprio regime de incumprimento: estabelece o art. 218º/1/a) que o incumprimento do plano comina a cessação da eficácia da moratória ou remissão da dívida caso o devedor se constitua em mora caso a prestação não seja cumprida no prazo de 15 dias após interpelação admonitória¹⁴⁰ por escrito, por parte do credor. Contudo, ao que extraímos do preceito, o incumprimento de uma obrigação que tenha sido consagrada no referido negócio jurídico unilateral não conduz à total eliminação do plano de insolvência da ordem jurídica e dos seus efeitos: o que se observa, *in casu*, é a atribuição ao credor da possibilidade de se desvincular justificadamente do plano de insolvência mediante a realização de um acto jurídico unilateral, permanecendo, consequentemente, à margem dos efeitos que o plano de insolvência produza¹⁴¹.

A justificação do processo de insolvência por uma via similar à que produzimos já tinha sido percorrida por conjunto de autores que procuravam explicar as diferentes concordatas falimentares com recurso à ideia de contrato, pelo que a identificação da personalidade colectiva ao conjunto dos credores surgia como expediente para superar a inexistência de bem como para superar o princípio da relatividade dos contratos¹⁴². As referidas teorias foram criticadas, à época, pela inexistência de personalidade colectiva sendo apontada a inexistência de um património autónomo, a impossibilidade de contrair obrigações, bem como pela insuficiente explanação relativa à eficácia sobre os credores

¹⁴⁰ De acordo com o entendimento expresso pelo STJ no ac. de 31/03/2004, proc. 03B4465, rel. FERREIRA GIRÃO, “a interpelação admonitória consiste numa intimação formal, do credor ao devedor moroso, para que cumpra a obrigação dentro do prazo determinado, com a expressa advertência de se considerar a obrigação como definitivamente incumprida”. É o que se verifica *in casu*.

¹⁴¹ Quanto à natureza da desvinculação que se encontra patente 218º, esta parece aproximar-se da resolução, pese embora a inexistência de uma relação bilateral, característica nas hipóteses de resolução contratual.

¹⁴² PEDRO DE SOUSA MACEDO, *Manual de Direito das Falências, II*, Coimbra, Almedina, 1968, 433 ss identifica GUSTAVO BONELLI (1923) e AGOSTINO RAMELLA (1915) como partidários desta concepção. Por outro lado, ALFREDO ROCCO em *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, Fratelli Bocca Editri, 1902, 159, n.22 identifica como defensores da referida orientação LYON-CAEN e RENAULT, THALLER e BOLAFFIO. Quanto a BONELLI, é interessante verificar a evolução do pensamento do referido autor: assim, em “*La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*”, in: *RISG*, VII, 1889, 188 e 190, o referido autor descarta a existência de personalidade jurídica relativamente à massa de credores, tendo invertido o seu posicionamento em *Del fallimento – commento al codice di commercio*, III, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1923, n.ºs 722 e 751, designadamente o primeiro, no qual o autor refere que “*il concordato giudiziale o di massa [...] è quello in cui la massa concorrente, come ente colectivo, si pone a contrattare col fallito, vincolando non solo i suoi componenti, ma, per disposizione di legge, i componenti l'intera massa concorsuale*” (sublinhado nosso).

que não ingressaram no processo¹⁴³.

Porém, o nosso entendimento ultrapassa o mero enquadramento contratual do plano de insolvência até então efectuado pelo que as conclusões extraídas relativamente à pessoa insolvencial se verificam independentemente da existência de um plano: a pessoa insolvencial é uma realidade que resulta de um conjunto de actos processuais, designadamente, da sentença de declaração de insolvência, a qual nasce, desenvolve-se e perece na fase executiva do processo, não dependendo a sua existência de um qualquer acto negocial: a pessoa insolvencial é consequência do regime jurídico tal como este se encontra gizado. Além disso, as críticas *supra* referidas são, em nosso entender, improcedentes no actual sistema jusinsolvencial português como tivemos oportunidade de demonstrar aquando da análise do regime.

¹⁴³ ALFREDO ROCCO, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, Fratelli Bocca Editri, 1902, 159.

A não homologação do plano de pagamentos na insolvência singular: um caso*Duarte Cadete*

Advogado

“Nosso Senhor ama os pobres, por isso fez tantos.” -

Abraham Lincoln

Sumário: § 1 Colocação da questão § 2 Do Incidente do Plano de Pagamentos; 2.1 Pressupostos; 2.2 Apresentação do Plano de Pagamentos; 2.3 Conteúdo do Plano de Pagamentos; 2.4 Efeitos da Apresentação; 2.5 Tramitação do Plano de Pagamentos; 2.6 Da aprovação; § 3 Da (necessária e correta) aprovação do Plano de Pagamentos; § 4 Por uma correta interpretação do artigo 256.º, n.º 5 do C.I.R.E; 4.1 Natureza do Preceito; 4.2 Da interpretação do Preceito; 4.3 Do Suprimento § 5 Conclusões

§1 Colocação da Questão¹¹

No caso de insolvência singular, são essencialmente dois os desfechos que se procuram: a homologação de um plano de pagamentos ou a concessão da exoneração do passivo restante, sempre devendo salientar-se que ambos se excluem mutuamente. Contudo, uma questão se deve colocar. Supondo que é apresentado um plano de pagamentos que vem a ser recusado pelos credores. Nos termos do artigo 256.º, n.º 3 e 4 do C.I.R.E, o devedor é notificado para declarar se modifica ou não a relação dos créditos, nos termos descritos no preceito, sendo dada oportunidade ao insolvente de modificar o plano de pagamentos, no prazo de 5 dias, isto sucintamente.

Imagine-se, então, que um credor, com mais créditos reclamados, apresentada a “primeira versão” do plano de pagamentos, vem dizer que não são contemplados todos os créditos reclamados e especifica que créditos são esses. Acto contínuo, o devedor altera o seu plano de pagamentos e apresenta-o, satisfazendo todas as exigências de todos os credores, inclusivamente o do maior credor. Ora, nos termos do artigo 254.º, n.º 5 do C.I.R.E, está plasmado que: “(...) entendendo-se que mantêm a sua posição os credores que nada disserem no prazo de 10 dias”. O que fazer se o plano de pagamentos estiver conforme a todas as exigências e não houvera pronuncia a que o artigo obriga?

¹ Os artigos referidos sem menção do respectivo diploma pertencente ao Código da Insolvência e Recuperação de Empresas.

Trata-se de uma situação real que motivou um recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa. Entendeu o devedor que o artigo 256.º, n.º 5 do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas constitui uma verdadeira presunção legal e ilidível. Tendo o Plano de Pagamentos a natureza jurídica de uma transacção judicial, o método dialético que ocorre até à sua homologação passa pela proposta inicial do devedor, por uma rejeição, ou contra-proposta pelo credor, e, novamente, por outra contra-proposta do devedor, até final.

Entendeu o devedor, para além de encontrar uma presunção, que a proposta do credor seria a de aceitar se os créditos reclamados estivessem contemplados, os quais passaram a estar. A decisão não é irrelevante, uma vez que trará, conforme a decisão, consequências directas na vida do devedor.

§ 2 Do Incidente do Plano de Pagamentos

O presente escrito tem por base um recurso que foi apresentado perante o Tribunal da Relação de Lisboa já no ano passado que tinha como base o indeferimento de aprovação do plano de pagamentos apresentado por um devedor a várias entidades, cujo credor de maior importância era uma entidade bancária.

Naquele indeferimento, constava como fundamento a violação do artigo supra citado. De facto, e como já foi referido supra, o devedor apresentou-se voluntariamente à insolvência, pretendendo, não a exoneração do passivo restante, mas requerendo-a desde logo (caso fosse indeferido o plano de pagamentos) mas sim a aprovação de um plano de pagamentos.

O objectivo era simples: poder manter a sua habitação, onde construiu um lar ao longo de vários anos, naturalmente aceitando a dificuldade que seria a de pagar todas as prestações a que estava adstrito, mas pretendendo não alterar a sua vida de forma abrupta, minimizando o estigma social que é a apresentação à insolvência.

Como tal, e com tal desiderato, apresentou um plano de pagamentos, cujos pormenores, por comunidade, não serão referidos no presente escrito, por, na verdade, não serem relevantes para o desfecho final da causa.

Cumpr, então, referir que, formalmente, tudo foi feito conforme prescrito pelo C.I.R.E. Contudo, a dinâmica do processo veio a dificultar a pretensão do devedor. Vejamos em que sentido.

2.1 Pressupostos

Quem apresenta o plano de pagamentos terá de ser um devedor pessoa singular e, em alternativa, não ser empresário ou pequeno empresário. As particularidades estão previstas no artigo 249.º do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas, ou C.I.R.E, como temos vindo a abreviar.

Não é despidiendo falar nos pressupostos, uma vez que é deles que depende a aplicação do instituto. Não raras vezes existe uma confusão sobre a posição do pequeno comerciante que, ao que consta da lei, não está abrangido por este regime.

2.2 Apresentação do Plano de Pagamentos

Esta segunda etapa tem lugar, como se aludiu, quando se preenchem os pressupostos. No caso vertente, os mesmos foram cumpridos. Dito isto, o Plano de Pagamentos é apresentado juntamente com a petição inicial de insolvência. O mesmo se diga se não tiver partido do devedor o pedido. Ou seja, se A. requerer a insolvência de B., este, na sua contestação, ou contesta, defendendo-se por excepção ou impugnação, ou apresenta plano de pagamentos.

Naturalmente, há anexos que devem seguir com o Plano de Pagamentos, anexos que, de resto, foram juntos pelo devedor, tendo sido respeitado o disposto no artigo 252.º, n.º 5 do C.I.R.E. A este respeito, refira-se que se considera que desiste da apresentação do plano de pagamentos o devedor que, uma vez notificado pelo tribunal, não junte, em prazo eventualmente fixado, os elementos obrigatórios do Plano.

2.3 Conteúdo do Plano de Pagamentos

Nas palavras de MENEZES LEITÃO²: “Nos termos do artigo 252.º, n.º 1 [do C.I.R.E], o plano de pagamentos reveste a natureza de uma proposta contratual escrita, devendo ser formulada pelo devedor em termos que permitam obter o consenso com os seus credores, tomando em consideração o grau de satisfação dos seus direitos perante a situação patrimonial do devedor”.

Esta passagem, que temos por feliz, é ela própria um contributo para discutir a natureza jurídica do Plano de Pagamentos. A questão tem natureza prática, na medida em que, alcançando uma conclusão, ela terá implicações na movimentação processual e no conteúdo das decisões e despachos emitidos ao longo do processo.

² *Direito da Insolvência*, Almedina, 2011, página 340.

Hoje, a doutrina dominante tem a considerar o plano de pagamentos como uma transação processual. A tese parece-nos acertada. Com efeito, há, pela parte do devedor uma confissão de dívida, do património disponível e, da sua parte, remete-se aos credores uma proposta de negócio jurídico que versa sobre créditos. Há liberdade de estipulação, como se verá adiante com a tramitação da aprovação do plano, e de celebração, sendo que, no final, devidamente homologado, será certo que corresponde ao encontro de todas as vontades em jogo.

Ora, descendo um pouco mais “à terra”, o plano de pagamentos há de incluir 3 elementos: o reconhecimento de créditos existentes; a indicação do património e rendimentos do devedor e a proposta de satisfação dos direitos dos credores.

O plano apresentado pelo ora devedor tinha todos eles, não falhava algum. Quanto a cada um deles, sempre há dizer que o primeiro é, nos termos do artigo 356.º do Código Civil, uma *vera* confissão judicial de dívida. Já o segundo é essencial para se perceber qual a disponibilidade do devedor em satisfazer as suas dívidas. Em suma, deve ser apresentado um resumo do activo patrimonial. Por fim, quanto ao terceiro elemento, pode ser o mais variado, desde que dentro dos limites legais, podendo, no limite, envolver perdoes.

2.4 Efeitos da Apresentação

O grande e principal efeito será a declaração de insolvência do devedor, sem que ocorra a produção de qualquer prova a respeito do património, sobretudo quanto ao activo, do devedor.

Um segundo efeito de grande relevo, que tem particular importância no caso vertente, é o da preclusão da possibilidade de obter a exoneração do passivo restante. Porém, o artigo 254.º vem referir que o devedor deve referir, aquando da apresentação do plano, se pretende a exoneração no caso de o plano não ser aprovado, conforme referimos supra.

Bem vistas as coisas, nem teria grande sentido existirem ambas as realidades. Não cabe neste escrito dar nota de todos os procedimentos e finalidades do instituto da exoneração do passivo restante, mas, resumindo, o grande objectivo será gratificar o devedor com um chamado “fresh start”, isto é, um novo começo, em que, durante cinco anos vê a sua vida um pouco mais afectada e controlada, mas, ao fim do dito período de tempo, as dívidas, que não tributárias, desaparecem.

2.5 Tramitação do Plano de Pagamentos

Neste particular, sempre se deve começar por dizer que o Plano de Pagamentos é tramitado como um incidente processual. Dito isto, sempre é possível suprir alguma lacuna com recurso ao regime dos incidentes do Código de Processo Civil, sendo que é o próprio C.I.R.E que para lá remete.

Apresentado o Plano, é o mesmo sujeito a apreciação liminar por parte do Juiz. Ao juiz cabe tomar uma de duas decisões: não homologar o plano, caso entenda que o mesmo não tem qualquer hipótese de vir a ser aprovado, seguindo-se a sentença de declaração de insolvência; pelo contrário, caso ache que o Plano tem “pernas para andar”, deve suspender o processo de insolvência até que exista uma decisão.

Como no referido processo foi decidido proceder à suspensão do processo, vale a pena seguir o “rasto” da tramitação. Se o processo é suspenso, os credores devem ser devidamente instruídos com a proposta efectuada pelo devedor. Uma vez na sua posse, tem 10 dias para se pronunciarem, sendo que, caso não o façam, fica confirmada a sua adesão ao Plano. No mesmo prazo, deverão corrigir as informações prestadas relativas aos seus créditos, uma vez que, caso aceitem o que o devedor diz, poderão estar a perdoar alguma dívida.

Numa linguagem processual, o plano é apresentado e os credores poderão contestar, opor-se, responder. Trata-se do mais elementar exercício ao direito do contraditório, basilar em qualquer ordenamento processual.

Apresentado o Plano e seguindo-se alguma contestação ao mesmo, o devedor é notificado para modificar a relação de créditos, isto querendo. Perante a contestação, nesta senda, o devedor faz o seguinte: o modifica a relação de créditos, se a mesma tiver sido impugnada, recusa a modificação ou modifica parcialmente, sendo que só ficam abrangidos pelo plano de pagamentos os créditos cuja existência seja reconhecida pelo devedor.

Supondo que há modificação (uma vez mais, foi o que aconteceu neste caso, neste processo), os credores são novamente notificados para se pronunciarem, sendo que este é um ponto fulcral a que vamos voltar infra.

2.6 Da Aprovação

Neste caso, o melhor mesmo citar a lei:

Artigo 257.º**Aceitação do plano de pagamentos**

1 - Se nenhum credor tiver recusado o plano de pagamentos, ou se a aprovação de todos os que se oponham for objecto de suprimento, nos termos do artigo seguinte, o plano é tido por aprovado.

2 - Entende-se que se opõem ao plano de pagamentos:

a) Os credores que o tenham recusado expressamente;

b) Os credores que, por forma não aceite pelo devedor, tenham contestado a natureza, montante ou outros elementos dos seus créditos relacionados pelo devedor, ou invocado a existência de outros créditos.

3 - Não são abrangidos pelo plano de pagamentos os créditos que não hajam sido relacionados pelo devedor, ou em relação aos quais não tenha sido possível ouvir os respectivos titulares, por acto que não lhes seja imputável.

Vale a pena decompor o preceito: o Plano é aprovado se nenhum credor se opuser, sendo que opõe-se quem recuse o plano expressamente, ou quem tenha contestado a natureza, montante ou outro elemento do crédito relacionado

A objecção de alguns credores pode ser suprida. De resto, a sentença que foi objecto de recurso também o refere. Atente-se ao disposto no artigo 258.º do C.I.R.E.:

**Artigo 258.º Suprimento da
aprovação dos credores**

1 - Se o plano de pagamentos tiver sido aceite por credores cujos créditos representem mais de dois terços do valor total dos créditos relacionados pelo devedor, pode o tribunal, a requerimento de algum desses credores ou do devedor, suprir a aprovação dos demais credores, desde que:

a) Para nenhum dos oponentes decorra do plano uma desvantagem económica superior à que, mantendo-se idênticas as circunstâncias do devedor, resultaria do prosseguimento do processo de insolvência, com liquidação da massa insolvente e exoneração do passivo restante, caso esta tenha sido solicitada pelo devedor em condições de ser concedida;

b) Os oponentes não sejam objecto de um tratamento discriminatório injustificado;

c) Os oponentes não suscitem dúvidas legítimas quanto à veracidade ou completude da

relação de créditos apresentada pelo devedor, com reflexos na adequação do tratamento que lhes é dispensado.

2 - A apreciação da oposição fundada na alínea c) do número anterior não envolve decisão sobre a efectiva existência, natureza, montante e demais características dos créditos controvertidos.

3 - Pode ser sempre suprida pelo tribunal a aprovação do credor que se haja limitado a impugnar a identificação do crédito, sem adiantar quaisquer elementos respeitantes à sua configuração.

4 - Não cabe recurso da decisão que indefira o pedido de suprimento da aprovação de qualquer credor.

A este preceito havemos de voltar, igualmente infra.

§ 3 Da (necessária e correta) aprovação do Plano de Pagamentos

Há uma razão para se ter apresentado o referido recurso e agora se sustentar o presente escrito: houve uma errada aplicação do direito. Convencidos de que outra teria de ser a decisão, não podemos olvidar que é da mais antológica teoria geral dos recursos o princípio de conceder a quem saiu derrotado, pelo menos, um segundo grau de jurisdição para o qual possa recorrer e expor as suas razões de direito, quando não também as de facto.

No presente caso, foi o que sucedeu: uma errada aplicação nas normas jurídicas, com especial enfoque no instituto da tramitação do plano de pagamentos e consequente aprovação.

Há, na sentença sob censura, uma pedra de toque que muda, totalmente, uma decisão que poderia ser conforme o direito e uma que está contra ele. Passa a explicar-se: tendo sido respeitada a tramitação, o Plano de Pagamentos foi tempestivamente apresentado com a Petição Inicial de apresentação à Insolvência do devedor.

Citados todos os credores, dois deles vieram pronunciar-se: por um lado, uma primeira entidade bancária menos significativa na relação de créditos apresentados, que se pronunciou contra e uma outra entidade bancária, bem mais significativa, uma vez que detinha cerca de 90% dos créditos relacionados, que se opôs, alegando que o plano apresentado não contemplava a totalidade dos créditos.

Tirando estes, mais nenhum credor se veio manifestar, o que, nos termos que já tivemos oportunidade de analisar, significa que aprovaram o plano de pagamentos. Porém, como também já se aludiu, o devedor veio, desde logo, sem necessidade de notificação,

apresentar modificações ao Plano apresentado.

Conforme, até, descrito na sentença sob censura, o devedor veio aceitar os valores indicados pela significativa entidade bancária, tendo, inclusivamente, respondido à menos significativa entidade nos seguintes termos, que recordamos:

1. Notificado, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 256.º do CIRE, para se pronunciar quanto ao Plano apresentado e corrigir as informações constantes da Relação de Créditos anexa ao plano de pagamentos, veio o Credor Bancário menos significativo informar “...que não dá o seu acordo ao plano de pagamentos apresentado para apreciação, face à duração/prazo de 144 meses para o plano de pagamentos”;
2. Ademais, do sobredito requerimento se extrai que a Entidade Bancária. não procede a quaisquer correcções ao seu crédito descrito na Relação de Créditos anexa ao Plano;
3. Conformando-se, por isso, com a Relação de Créditos apresentada;
4. De todo o modo, o Credor Bancário apesar de rejeitar o Plano apresentado, não apresenta qualquer contraproposta ao plano de pagamento do seu crédito;
- 5 Assim, e uma vez que o plano de pagamentos proposto a fls. 130 a 136, no seguimento do requerimento do Credor Bancário mais significativo, representa o máximo esforço financeiro a que o devedor se poderá submeter tendo em vista a liquidação total dos seus créditos, não poderá o mesmo reformular tal Plano;
6. Pelo que deverá manter-se o Plano de Pagamentos nos exactos termos constantes no plano de liquidação da dívida do Credor em causa, proposto a fls. 130 a 136;
7. Para tanto, e aguardando-se a aprovação do Credor Bancário Significativo à reformulação do Plano apresentada a fls. 130 a 136, se requer o suprimento da aprovação do Credor Bancário menos Significativo nos termos e para os efeitos do artigo 258.º do CIRE;
8. Ainda, no que tange à não aceitação da exoneração d o passivo restante manifestada pelo Credor Bancário Menos significativo no requerimento que ora se responde, sempre se dirá que a mesma não se encontra sujeita ao “acordo” do credor em apreço;
9. Sendo certo que o Requerente requereu, subsidiariamente, a referida exoneração do passivo restante em tempo, fazendo prova dos requisitos legais estatuídos nos artigos 236.º e ss. do CIRE;
10. Na verdade, o Requerente não se encontra enquadrado, nem praticou quaisquer actos determinantes do indeferimento liminar do requerimento de exoneração do passivo restante;
11. Isto porque o Requerente não obteve ou tentou obter crédito ou outro benefício económico de qualquer entidade fornecendo informações falsas ou incompletas sobre a sua situação

económica nos três anos anteriores à sua apresentação à insolvência, não sendo assim abrangido pela limitação contida na alínea b) do n.º 1 do artigo 238.º do CIRE;

12. Mais, o Requerente não incumpriu o seu dever de apresentação à insolvência;

13. Tendo o Requerente iniciado o presente processo logo que se apercebeu, sem margem para dúvida, ser-lhe impossível cumprir a totalidade das obrigações financeiras previamente assumidas;

14. Já que mesmo, após lhe terem sido movidas execuções, procurou activamente um segundo trabalho que lhe permitisse pagar os seus créditos;

15. Intento que foi perseguido pelo Requerente durante um ano e meio desde a instauração da primeira execução;

16. De facto, só após todos os potenciais empregadores lhe terem negado trabalho em consequência da sua idade, o Requerente desistiu de procurar um segundo trabalho;

17. O que motivou o presente requerimento de insolvência;

18. Tendo sido, por isso, o pedido de exoneração de passivo restante requerido em tempo;

19. Está, assim, o Requerente em condições legais para que lhe seja concedida a exoneração do passivo restante, devendo determinar-se o indeferimento do requerimento que ora se responde no que tange ao não o “acordo” à exoneração do passivo restante, em caso de improcedência do presente incidente de Plano de Pagamentos. (sublinhado nosso).

Ou seja, e em boa verdade, o devedor deu resposta aos únicos credores que se vieram manifestar. De resto, num caso foi ao cerne da questão e concedeu razão ao Credor Significativo e respondeu, em conformidade, ao Credor menos Significativo. Não ficou uma única questão por resolver.

Mas o que aconteceu? O devedor respondeu nos termos supra transcritos e alterou o que tinha de alterar, a pedido do Credor Significativo.

Ora, recorrendo ao silogismo judicial, a sentença sob censura vem dizer, essencialmente, que o Plano não pode ser homologado porque, depois de introduzidas as modificações pelo devedor, ora Apelante, nos termos do 256.º, n.º 5 do C.I.R.E, se os credores nada disserem, entende-se que mantêm a posição anteriormente expressa.

Ou seja, como os credores bancários inicialmente se opuseram, o tribunal entendeu que, mesmo depois da resposta, nos termos em foi apresentada, o preceito já referido tinha de ser interpretado literalmente, o que não pode ter seguimento, na opinião do Devedor.

§ 4 Por uma correta interpretação do artigo 256.º, n.º 5 do C.I.R.E

O Plano de pagamentos deve ser homologado. A interpretação feita pelo tribunal recorrido do preceito referido em epígrafe está errada. Vale a pena, por isso, justificar o entendimento postulado.

Cumpra começar por analisar o preceito, entendê-lo em toda a sua amplitude. Os argumentos literais, nos quais se fundou a sentença que motivou o recurso podem e devem ser derrubados. Ao fim e ao cabo, deve existir uma forte prevalência de um princípio material de justiça sobre um princípio de conformidade formal das normas, de forma a que se entenda que, tudo visto e ponderado, o próprio direito da insolvência está erigido para proteger o devedor e limitar os ataques dos credores.

Esta ótica, que encontra respaldo na doutrina norte-americana, foi absolutamente subvertida e não havia senão que lutar contra tal entendimento.

4.1 Natureza do Preceito

Começemos por citar o preceito em crise:

Artigo 256.º

Notificação dos credores

5 - As eventuais modificações ou acrescentos a que o devedor proceda nos termos dos n.os 3 e 4 serão notificadas, quando necessário, aos credores para novo pronunciamento quanto à adesão ao plano, entendendo-se que mantêm a sua posição os credores que nada disserem no prazo de 10 dias.

O verbo “entender” é manifestamente pouco jurídico, pouco técnico. Assim, considera-se necessário recorrer ao auxílio dos dicionários para perceber o que significa. Tal exercício não é novo. FREITAS DO AMARAL, no seu parecer ao caso Mateus fez o mesmo.

Consultado o Grande Dicionário da Língua Portuguesa, Vol IV, com coordenação de José Pedro Machado, encontramos os seguintes significados: “Ter ideia clara de, a percepção de alguma coisa pela inteligência; perceber, compreender || Conhecer, saber com perfeição; ter experiência ou conhecimento de; ser perito ou prático em. || Dar a entender, insinuar, fazer crer ou compreender com meias palavras. || Inferir, deduzir, concluir. || Crer, pensar. ||

Interpretar, explicar, traduzir; avaliar de. || Julgar; pretender, desejar, achar, actuar consoante se acha melhor; ter intenção de. || Tencionar, ter em vista. || Querer, exigir. || Tencionar, ter em vista. || Querer, exigir. || Ouvir. || Atingir, conhecer. || Discriminar. || Ter por conclusão ou máxima; ajuizar. || Significar, indicar. || Saber por informação. || Conhecer as disposições, tenções ou pensamentos íntimos de.”

Salvo melhor opinião, nenhum significado tem aplicação útil para interpretação do preceito. Uma vez que a linguagem jurídica se reveste de especialidade, necessário de torna pesquisar, dentro do mundo do direito, a que será que corresponde este “entendimento.”

Na nossa opinião, o preceito supra elencado constitui uma autêntica presunção. Nas palavras de JOÃO MELO FRANCO e HERLANDER ANTUNES MARTINS, citando ANTUNES VARELA³³: “Presunção consiste na dedução, na inferência, no raciocínio lógico por meio do qual se parte de um facto certo, provado, ou conhecido, e se chega a um facto desconhecido”. Naturalmente, o conceito corresponde à definição patente no artigo 349.º do Código Civil.

É, sem tirar nem pôr, o que acontece com o preceito. Há um facto conhecido que é a oposição, a contestação do Plano por parte de dois credores. O que o artigo 256.º, n.º 5 do C.I.R.E vem dizer é que se presume que a oposição dos Credores se mantém e, nesse cenário, com o caso *sub-judice*, outra solução não poderia ser outra que não a não homologação do Plano.

4.2 Da interpretação do Preceito

Doutrinariamente, distinguem-se as presunções ilidíveis e inilidíveis, consoante admitam, ou não, prova em contrário. Já o Código Civil, numa toada algo diferente, fala, explicitamente, em Presunções Legais e Presunções Judiciais. Uma vez que não estamos a falar destas últimas, há que centrar as atenções nas presunções legais. Nos termos do artigo 350.º, n.º 2 do Código Civil, as presunções legais podem ser ilididas mediante prova em contrário, exceto nos casos em que a lei o proibir.

Já foi dito que estamos perante uma verdadeira presunção, em que lei vai presumir, salvo o pleonismo, que as posições tomadas pelos credores opoentes se mantém. Porém, não postula, a mesma lei, *rectius*, o mesmo código, que não possa ser ilidida a presunção. Ou seja, cabe ao devedor, proceder à produção de prova.

³³ In *Dicionário de Conceitos e Princípios Jurídicos*, Almedina, página 646.

A grande pergunta é: como? Não há qualquer pista na lei nesse sentido, pelo que cabe à doutrina e à jurisprudência tentar responder a esta questão. O nosso entendimento é bastante claro nessa matéria.

Não faria qualquer sentido que, depois de satisfeitas as condições do credor opoente, este continuasse a recusar a homologação do Plano. No caso vertente, que é o que importa, seria necessário que o devedor fizesse prova quando as modificações se afastassem daquilo que foi manifestado pelo Credor. Nesses termos, podemos ilustrar com um exemplo: Se A. apresentasse um Plano a 4 credores, o B., C., D. e E. e o credor B. e credor C. viessem apresentar alguma contestação, cabia ao devedor A. uma das seguintes hipóteses: não fazer nada; modificar de acordo com as contestações ou modificar parcialmente.

No caso *sub judice*, o devedor optou pela primeira hipótese. Recebeu a contestação e, sem que tenha sido convidado, modificou logo o seu plano de pagamentos. Com esta conduta, o devedor apresenta-se a concordar com a contra-proposta do Credor. Nos termos da teoria geral do direito civil, a proposta completa, que revele uma demonstração inequívoca de contratar aceite gera um contrato, uma aceitação.

Se esta aceitação é efectuada e efectivada, automaticamente fica feita a ilidida a presunção do artigo 256.º, n.º 5. É que, como acima enunciamos, o Plano de Pagamentos tem uma natureza contratual, trata-se de uma autêntica transação judicial.

Simplificando: tendo o Plano de Pagamentos a natureza jurídica de uma transação judicial, o método dialético que ocorre até à sua homologação passa pela proposta inicial do devedor, por uma rejeição, ou contra-proposta pelo credor, e, novamente, por outra contra-proposta do devedor, sendo que o credor apreciará o que lhe for proposto;

Como tal, dita a mais elementar lógica que, no processo supra identificado, se o devedor aceder a todas as pretensões do credor, esse credor, e o devedor, estão de acordo quanto ao conteúdo e aprovação do plano de pagamentos. Com o tal, não pode ser entendido o artigo da forma que o tribunal “a quo” o entendeu;

4.3 Do Suprimento

Face ao exposto, o Plano está aprovado com 99,74% dos votos, sendo que se verificam as condições legais para se verificar o suprimento pelo Tribunal, nos termos do artigo 258.º do C.I.R.E, o qual passamos a transcrever:

Artigo 258.º**Suprimento da aprovação dos credores**

1 - Se o plano de pagamentos tiver sido aceite por credores cujos créditos representem mais de dois terços do valor total dos créditos relacionados pelo devedor, pode o tribunal, a requerimento de algum desses credores ou do devedor, suprir a aprovação dos demais credores, desde que:

- a) Para nenhum dos oponentes decorra do plano uma desvantagem económica superior à que, mantendo-se idênticas as circunstâncias do devedor, resultaria do prosseguimento do processo de insolvência, com liquidação da massa insolvente e exoneração do passivo restante, caso esta tenha sido solicitada pelo devedor em condições de ser concedida;*
- b) Os oponentes não sejam objecto de um tratamento discriminatório injustificado;*
- c) Os oponentes não suscitem dúvidas legítimas quanto à veracidade ou completeza da relação de créditos apresentada pelo devedor, com reflexos na adequação do tratamento que lhes é dispensado.*

2 - A apreciação da oposição fundada na alínea c) do n.º anterior não envolve decisão sobre a efectiva existência, natureza, montante e demais características dos créditos controvertidos.

3 - Pode ser sempre suprida pelo tribunal a aprovação do credor que se haja limitado a impugnar a identificação do crédito, sem adiantar quaisquer elementos respeitantes à sua configuração.

4 - Não cabe recurso da decisão que indefira o pedido de suprimento da aprovação de qualquer credor.

Ou seja, e recorrendo aos ensinamentos sobre a estrutura da norma, preenchida a previsão, está desencadeada a sua estatuição. Aqui, a previsão é *Se o plano de pagamentos tiver sido aceite por credores cujos créditos representem mais de dois terços do valor total dos créditos relacionados pelo devedor*. A mesma está preenchida: o Plano está aprovado com 99,74% dos votos, sendo a lei exige um mínimo de 2/3, ou seja 66,66%.

Assim, a estatuição é: *pode o tribunal, a requerimento de algum desses credores ou do devedor, suprir a aprovação dos demais credores*. A este respeito, diga-se que as alíneas do preceito são integralmente respeitadas.

§ 5 Conclusões

1. O Artigo 256.º, n.º 5 do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas constitui uma verdadeira presunção legal e ilidível ;
2. Com efeito, o que se deve entender do preceito é que se presume idêntica a posição do credor que se opôs previamente ao Plano de Pagamentos;
3. Contudo, essa presunção não pode ocorrer se se tiver verificado um comportamento do credor que tenha assimilado e aceite tudo quanto foi contestado pelo Credor;
4. Simplificando: tendo o Plano de Pagamentos a natureza jurídica de uma transação judicial, o método dialético que ocorre até à sua homologação passa pela proposta inicial do devedor, por uma rejeição, ou contra-proposta pelo credor, e, novamente, por outra contra-proposta do devedor, sendo que o credor apreciará o que lhe for proposto;
5. Como tal, dita a mais elementar lógica que, no processo supra identificado, se o devedor aceder a todas as pretensões do credor, esse credor, e o devedor, estão de acordo quanto ao conteúdo e aprovação do plano de pagamentos;
6. **Sendo que se o credor for notificado das alterações ao plano de pagamentos que satisfaçam as suas pretensões e nada disser é porque aceitou as alterações ao plano;**
7. Como tal, não pode ser entendido o artigo da forma que o tribunal “a quo” o entendeu;
8. O Credor Bancário Significativo aceitou o acordo de pagamentos;
9. Não se pode presumir o contrário, quando há acordo entre as partes;
10. Uma vez aceite, o Plano está aprovado com 99,74% dos votos;
11. Sendo que se verificam as condições legais para se verificar o suprimento pelo Tribunal, nos termos do artigo 258.º do C.I.R.E;
12. Pelo que sempre deveria ter sido aprovado, através do suprimento levado a cabo pelo Tribunal, o Plano de Pagamentos.

A recuperação judicial na lei 11.101/2005: pode-se falar em (in)eficácia do instituto?*Lais Lucas*

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil, consultora empresarial

Sumário: 1. Introdução; 2. Da Evolução do Decreto Lei 7.661/1946 para a Lei 11.101/2005; 3. Considerações Acerca da Recuperação Judicial; 4. Pontos de Tensão em Relação à Recuperação Judicial; 5. Pode-se falar em (in) eficácia da Recuperação Judicial? 6. Considerações Finais; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

No ano de 2005 foi promulgada a Lei 11.101¹, que passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro para regular a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Referida lei, no momento da sua gestação e logo após a sua vigência, fomentava grandes expectativas entre os operadores do direito justamente por trazer ao cenário jurídico brasileiro a inovadora possibilidade de “recuperação judicial e/ou extrajudicial de empresários e sociedades empresárias”, o que até então não era possível na legislação anterior, qual seja, o Decreto Lei 7.661/1946, que contemplava somente o instituto da concordata como alternativa à falência do empresário. Após nove anos de vigência da lei, é natural que surjam questionamentos sobre o seu desempenho, especialmente sobre o atingimento das expectativas em relação aos institutos da recuperação judicial e extrajudicial de empresas. A presente pesquisa foi motivada pela recente publicação de matéria jornalística, em jornal e revista de grande circulação no país, que revela que somente 01% das empresas que pediram recuperação no Brasil desde 2005 conseguiram voltar a operar normalmente². A partir deste dado surge o questionamento sobre a efetividade da legislação e de seus objetivos. Pretende-se, com a análise mais apurada dos objetivos da lei e da forma de processamento destas recuperações, verificar se existe ou não ineficácia do instituto (do ponto de vista da previsão legislativa) e quais são as possíveis causas deste dado alarmante (se podem ser imputadas à legislação ou a outros fatores alheios a esta). Tendo em vista a amplitude de temas que poderiam ser objeto do estudo das formas de recuperação previstas na Lei, para que

¹ Disponível na íntegra em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm.

² Por exemplo, <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1056/noticias/a-intencao-era-boa;> e <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil-imp-1085558>.

possa haver um pouco mais de aprofundamento no tema central deste artigo, opta-se por focar na recuperação judicial, deixando-se para estudos vindouros o desenvolvimento deste tema quanto as recuperações extrajudicial e plano especial para Micro e Pequenas Empresas. Não se pretende com esta breve pesquisa chegar-se a conclusões definitivas, mas sim, fomentar o debate sobre a utilização da recuperação judicial pelos empresários.

2. Da Evolução do Decreto Lei 7.661/1946 para a Lei 11.101/2005

Em 09 de fevereiro de 2005 foi promulgada a Lei 11.101, que “regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”. Esta legislação substituiu o Decreto Lei 7.661 de 1946, trazendo importantes novidades no que tange a previsão de novos institutos, bem como nos objetivos que devem ser perseguidos por uma legislação falimentar.

Segundo o Parecer 534 de 2004³, de relatoria do Senador Ramez Tebet, que traz a exposição de motivos para a nova legislação, a edição da Lei 11.101/2005 se justifica pelas “numerosas e profundas” alterações das práticas comerciais havidas no Brasil nas últimas seis décadas. A legislação da década de 40, muito embora tenha sido de grande valia durante seu tempo de vigência, não se conforma mais com o cenário econômico atual. Veja-se que o Decreto Lei 7.661/1946 é contemporâneo à Conferência de Bretton Woods⁴, ponto de partida da ordem capitalista no pós-guerra, marcada por três fortes características: a) paridade dólar-ouro; b) restrita movimentação internacional de capitais financeiros; e c) atuação do Fundo Monetário Internacional (FMI) como “emprestador” internacional de última instância.

A ordem capitalista vigente vivencia cenário distinto em relação a essas três características, na medida em que hoje se verifica uma intensa flutuação das moedas internacionais em curto espaço de tempo, adicionando-se a isso o surgimento do Euro; movimento de capitais e recursos financeiros com mínimas barreiras; e crescentes críticas em relação existência e forma de atuação do FMI. Ademais, outros fatores passam a compor este novo cenário econômico e, por consequência, requisitar do ordenamento jurídico soluções mais precisas, como por exemplo, a utilização de composições societárias complexas a fim de otimizar a organização da atividade empresarial, a tendência de algumas empresas de eliminar

³ Disponível para consulta em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>.

⁴ Sobre este assunto HOLANDA, Francisco Urubam Xavier de. *Do Liberalismo ao Neoliberalismo*. 02 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 93 e seguintes.

o ativo físico, novas formas contratuais para regular as relações de posse e propriedade e sistema de garantias obrigacionais que proliferam outras modalidades de contratação⁵.

As carências do Decreto Lei 7.661/1946 o impediram, no aspecto técnico-jurídico, de continuar sendo a solução legislativa brasileira para as empresas em crise. Um dos motivos que justificam este impedimento é o fato do referido Decreto Lei conferir ao devedor somente as alternativas da falência ou da concordata, para o enfrentamento das crises econômico financeiras. Esta última, que mais interessa a análise para o comparativo com o objeto deste trabalho, era concedida ao devedor quando o juiz verificava que a crise enfrentada pelo mesmo possuía natureza financeira e não econômica⁶, sendo assim, imposto aos credores um regime de financiamento das dívidas do devedor.

A concordata apresentava alguns problemas delicados, tais como, (a) a pouca - ou nenhuma - participação dos credores no processo de concessão da mesma, já que as informações sobre a crise financeira eram fornecidas exclusivamente pelo devedor para o juiz, e cabia a este, sozinho, decidir pela concessão ou não do pedido; (b) o engessamento da forma de recuperação do devedor, que se limitava a moratória de suas dívidas, independentemente do seu problema ser ou não “prazo para pagamento” de suas obrigações; (c) e a limitação do regime de concordata aos créditos quirografários, que não eram o “verdadeiro” problema financeiro das empresas, sendo este, na maioria das vezes os créditos de natureza trabalhista, fiscal e com garantia real⁷.

Somando-se a nova dinâmica e necessidades da ordem econômica atual, com as limitações do Decreto Lei e, crescendo-se a esses fatores uma tendência mundial de reformulação de legislações falimentares através do Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems⁸, surge a Lei 11.101/2005.

⁶ Parecer 534 de 2004, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>.

⁷ Segundo Luiz Inácio Vigil Neto, “a gestão econômica pode, nesse contexto, ser entendida como a que demonstra o resultado da atividade produtiva (ganho ou perda – lucro ou prejuízo – sucesso ou fracasso, etc.). A gestão financeira é a que demonstra as entradas e saídas do caixa da empresa (o dinheiro da empresa), ou seja, os seus ativos líquidos. Por isso, uma empresa poderá estar muito bem na condição econômica de seu negócio, mas carecer de moeda corrente para a administração de seu fluxo de caixa, estando, dessa forma, apenas em crise financeira.” (VIGIL NETO, Luiz Inácio. Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 69).

⁸ VIGIL NETO, Luiz Inácio. Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 68-70.

⁹ “(...) são princípios e diretrizes estabelecidos pelo Banco Mundial em resposta às crises dos mercados emergentes ocorridas nos anos 90. Eles representam um consenso internacional a respeito das melhores práticas a serem adotadas pelos sistemas mundiais de insolvência e o padrão necessário para medir seus graus de

Ademais dos novos institutos jurídicos contemplados pela lei, a saber, as recuperações judicial, extrajudicial e plano especial para Micro e Pequenas Empresas, o novo diploma legislativo chamou muito a atenção da comunidade jurídica pelos seus detalhados objetivos. Os mesmos foram assim dispostos na exposição de motivos da Lei: 1) Preservação da empresa; 2) Separação dos conceitos de empresa e empresário; 3) Recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; 4) Retirada do mercado de sociedades e empresários não recuperáveis; 5) Proteção aos trabalhadores; 6) Redução do custo de crédito no Brasil; 7) Celeridade e eficiência dos processos judiciais; 8) Segurança jurídica; 9) Participação ativa dos credores; 10) Maximização do valor dos ativos do falido; 11) Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; e 12) Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

Percebe-se o entusiasmo e crença do legislador no instituto da recuperação já pela leitura da exposição de motivos da Lei. Não é por acaso o objetivo da preservação da empresa desponta como o primeiro da lista. Aliás, permite-se fazer um adendo, no sentido de que a preservação da empresa não é somente um objetivo da legislação falimentar, mas sim um princípio que deve ser buscado por todo o ordenamento jurídico, quando se está diante da temática empresarial⁹. Isso porque, a empresa, enquanto unidade produtiva, gera riquezas, postos de trabalho, arrecadação de tributos, desenvolve tecnologia, contribui para o equilíbrio da concorrência e do mercado de consumo, entre outros benefícios diretos e indiretos¹⁰.

eficiência. Compõem uma ampla iniciativa global em prol da reforma convergente das leis de insolvência com o objetivo de promover mais certeza nos resultados dos processos de insolvência, permitir uma acurada identificação dos riscos por agentes financiadores, estimular o cuidado com o endividamento e promover o tratamento adequado de devedores e credores em situações de crise econômico-financeira. Até o ano de 2004, os *Principles and Guidelines* foram utilizados para auxiliar a reforma de leis concursais em aproximadamente 24 países em todo mundo (...)" (SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Recuperação Extrajudicial de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 31).

⁹ O princípio da preservação da empresa está presente em vários dispositivos da legislação falimentar, mas nenhum é mais contundente que o artigo 47: "A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica."

¹⁰ Alexandre Nazzarini defende que o princípio da preservação da empresa "dá uma nova característica à empresa, deslocando-a de uma condição limitada ao interesse de seus sócios, para elevar ao patamar de interesse público, ou seja, passa a ser considerada como uma instituição e não mais uma relação de natureza contratual. Deixa de ter dependência da vontade dos sócios para, no caso, passar a atender outros interesses (a função social, os empregados, os credores, etc) que se sobrepõem ao interesse dos sócios". Complementa esclarecendo que "daí o fundamento de outro princípio, ou seja, da "separação dos conceitos de empresa e de empresário", que, no dizer do Senador Ramez Tebet, assim, separa-se a empresa de quem a controla, seja pessoa natural ou jurídica". (LAZZARINI, Alexandre Alves. Reflexões Sobre a Recuperação Judicial de Empresas. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 124-125).

Assim, é interesse do Estado e de todos os seus partícipes o bom e perene desenvolvimento das empresas. O próprio princípio da preservação da empresa serve como sustento para os demais objetivos destacados da lei falimentar, na medida em que somente as empresas que possuem sérias chances de recuperação – e mediante esta – poderão cumprir com os papéis aqui designados. A retirada do mercado daquelas empresas que não possuem mais condições de operação é medida necessária, eis que os custos da recuperação de uma empresa acabam por recair sobre toda a sociedade, devido a um encadeamento complexo de relações econômicas e sociais¹¹. Salienta-se, ainda o interesse do legislador na participação ativa dos credores, especialmente no que tange à recuperação, pois a aprovação do plano será tarefa desses, bem como a preocupação com as Micro e Pequenas Empresas¹², protagonistas do cenário econômico brasileiro.

Incumbe agora verificar a concreção destes objetivos no tratamento legislativo dispensado à recuperação judicial de empresas. Para isso, far-se-á uma exposição das previsões legislativas sobre o instituto.

3. Considerações acerca da Recuperação Judicial.

O ato de recuperar uma empresa, segundo a ciência da administração é “o conjunto de incisivas e multifacetadas ações corretivas necessárias para rapidamente restaurar os indicadores de desempenho de uma organização, sem as quais esta caminharia à insolvência em futuro previsível”¹³. Certo que boa parte dessas ações corretivas a que se refere o conceito serão cunhadas pelos administradores, contadores e economistas envolvidos com uma empresa em crise, mas não poderia o ordenamento jurídico ficar à margem da realidade de suas empresas e não se envolver com seus momentos de necessidades. Os objetivos lançados pela legislação falimentar brasileira, expostos no tópico anterior, não deixam dúvidas acerca

¹¹ Neste sentido, Fabio Ulhoa Coelho, que exemplifica a situação com o caso hipotético de um banco, credor de uma empresa em recuperação, que como forma de pagamento de seus créditos receberá participação societária desta empresa. Em sendo infrutífera esta recuperação, o banco sofrerá o prejuízo dos valores emprestados e certamente isso impactará nas taxas de juros praticadas, já que os bancos calcularão um “spread” específico para embutir em seus juros. (COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. v. 3, 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 398-399).

¹² Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, de 2012, 99% das empresas formalmente constituídas no Brasil são de Micro e Pequeno Porte; as mesmas geram 20% do total do Produto Interno Bruto Brasileiro e 60% das vagas de emprego. Dados disponíveis em <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2012/02/o-mapa-das-micro-e-pequenas-empresas>.

¹³ LEMOS, Eduardo. Viabilizando a Recuperação Sem ou Além da Lei. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco. Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 79-80.

do interesse do Estado em preservar as suas empresas – aquelas que efetivamente merecem e tem perspectivas de se recuperarem -, criando mecanismos de auxílio as mesmas em casos de insolvência. Obviamente, como referido, também são objetivos da legislação brasileira a preservação do mercado como um todo, protegendo, inclusive, interesses para além da empresa, tais como os interesses dos trabalhadores e a persecução de redução do custo de crédito.

A recuperação judicial é considerada, por alguma doutrina, como sucessora da concordata prevista no Decreto Lei 7.661/1946. De fato, existem similitudes entre os institutos que, em uma análise mais superficial, podem fazer o leitor crer que a recuperação judicial nada mais é do que uma concordata com nova roupagem e procedimento, ainda mais quando, como destaca Mauro Penteado¹⁴, o plano de recuperação judicial prevê como forma de recuperação somente a moratória de dívidas. São de certa forma inevitáveis as comparações, até porque, ambos institutos de aproximam quando se tornam alternativa à falência do devedor.

Entretanto, existem diferenças estruturais entre a recuperação judicial e a concordata que distanciam esses institutos e evidenciam a evolução perfectibilizada na legislação vigente, no que tange o objetivo de preservação da empresa e de maior participação dos credores no processo de recuperação da empresa em crise. Nas palavras de Rachel Sztajn¹⁵, há um novo “espírito” que permeia a legislação:

“(...) agora a organização empresária é repensada, remodelada e, sua continuidade, sob mesma ou outra administração, é entendida como resgate ou manutenção da atividade econômica que pode durar, exequível sem custos mais acentuados. Manter empregos, estimular a atividade econômica, fomentar a produção de bens e serviços, devem ser destacados como elementos informadores da análise mediante a qual se proporá, ou não, a reorganização, ou seja, a recuperação da empresa em crise”.

Conforme já referido anteriormente, a concordata era requerida pelo devedor, com base em informações prestadas por este, ao juiz, que decidia favoravelmente, desde que preenchidos os requisitos para a concessão da mesma. Assim, constituía a concordata uma

¹⁴ PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 – Artigo por Artigo. 02 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 84-86.

¹⁵ SZTAJN, Rachel. In: SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 – Artigo por Artigo. 02 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 221.

espécie de “favor” legal, concedido exclusivamente pelo poder judiciário, mesmo que contrário ao interesse dos credores. Retoma-se também que a concordata só permitia uma modalidade de benesse para o devedor, que era a concessão de moratória para o pagamento de suas dívidas, desde que oriundas de créditos quirografários.

A recuperação judicial nos apresenta um procedimento mais acurado. O pedido de recuperação continua sendo de exclusividade do devedor¹⁶, que deverá apresentar ao juiz competente para o processamento da ação, as causas do seu estado de crise econômica e/ou financeira, fundamentação acerca da pertinência da recuperação para a sua situação, bem como o requerimento de concessão de processamento do regime recuperatório. Além disso, deverá o devedor apresentar os documentos previstos no artigo 51¹⁷ da Lei. O juiz analisará os aspectos formais da petição inicial e o cumprimento das exigências de documentação, para decidir se há condições de deferimento ou não.

¹⁶ Deverão ser observados os requisitos de legitimidade do artigo 48.

¹⁷ Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;
- b) demonstração de resultados acumulados;
- c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

IV – a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento;

V – certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores;

VI – a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor;

VII – os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras;

VIII – certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor e naquelas onde possui filial;

IX – a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados.

§ 1º Os documentos de escrituração contábil e demais relatórios auxiliares, na forma e no suporte previstos em lei, permanecerão à disposição do juízo, do administrador judicial e, mediante autorização judicial, de qualquer interessado.

§ 2º Com relação à exigência prevista no inciso II do **caput** deste artigo, as microempresas e empresas de pequeno porte poderão apresentar livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica.

§ 3º O juiz poderá determinar o depósito em cartório dos documentos a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo ou de cópia destes.

Deferido o processamento da recuperação judicial, o juiz, na mesma decisão, determinará as providências do artigo 52¹⁸. Esta decisão é e suma importância não só pelo seu conteúdo de deferimento da recuperação, mas por ser o marco inicial do prazo de 60 (sessenta) dias para apresentação do plano de recuperação judicial.

O plano de recuperação judicial será apresentado pelo devedor para apreciação pelos credores. Aqui se verifica claramente a presença do objetivo “9”, listado anteriormente, qual seja a ativa participação dos credores. Assume o juiz, neste caso, o papel de “sancionador” e eleva-se a recuperação judicial ao patamar de negócio jurídico privado, bilateral, firmado entre partes¹⁹. Isso porque, cabe ao devedor e aos seus credores realinharem – via plano de recuperação – o novo formato de cumprimento das obrigações existentes. Nesta linha, Alexandre Alves Lazzarini defende ser a recuperação mais que um processo judicial, mas sim

¹⁸ Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei;

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores;

V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

§ 1º O juiz ordenará a expedição de edital, para publicação no órgão oficial, que conterá:

I – o resumo do pedido do devedor e da decisão que defere o processamento da recuperação judicial;

II – a relação nominal de credores, em que se discrimine o valor atualizado e a classificação de cada crédito;

III – a advertência acerca dos prazos para habilitação dos créditos, na forma do art. 7º, § 1º, desta Lei, e para que os credores apresentem objeção ao plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor nos termos do art. 55 desta Lei.

§ 2º Deferido o processamento da recuperação judicial, os credores poderão, a qualquer tempo, requerer a convocação de assembléia-geral para a constituição do Comitê de Credores ou substituição de seus membros, observado o disposto no § 2º do art. 36 desta Lei.

§ 3º No caso do inciso III do **caput** deste artigo, caberá ao devedor comunicar a suspensão aos juízos competentes.

§ 4º O devedor não poderá desistir do pedido de recuperação judicial após o deferimento de seu processamento, salvo se obtiver aprovação da desistência na assembléia-geral de credores.

¹⁹ Em sentido contrário a esta afirmação, importa referir a doutrina de Jorge Lobo, que defende ser a recuperação judicial um instituto de Direito Econômico. Entende o doutrinador que não se trata de instituto de Direito Privado, eis que existem casos na lei falimentar que o plano é imposto aos credores, contra a vontade destes, quando, por exemplo, o juiz decide homologar o plano, desde que preenchidas as condições do artigo 58. A defesa pelo Direito Econômico, nas palavras do autor, se dá “(pela recuperação judicial) ser uma técnica, um instrumento, um meio de o Estado privilegiar, principalmente, o interesse comum econômico, de produtividade da economia, e de sua economicidade, pondo em segundo plano, no dizer de Radbruch, a justa equiparação entre as pessoas diretamente interessadas em determinadas relações econômicas”. LOBO, Jorge. Recuperação Judicial da Empresa. In: OLIVEIRA, Fatima Bayma de. Recuperação de Empresas – Uma Multipla Visão da Nova Lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 21-23.

um processo “negocial-empresarial, pois seu sucesso dependerá primordialmente não da tutela judicial, mas da capacidade da empresa em crise em negociar com seus credores, mostrando a eles a existência da possibilidade de superar a referida crise”²⁰.

O devedor poderá fazer constar no plano de recuperação obrigações vencidas e vincendas e valer-se de qualquer das formas previstas no artigo 50²¹ para sua recuperação. Importante referir que as “ideias” de recuperação trazidas pela lei não são taxativas, podendo o devedor apresentar qualquer outra que entenda mais pertinente ou viável para a sua condição, desde que não fira os requisitos gerais de validade²² impostos pela legislação civil brasileira, bem como limitações previstas na própria lei falimentar, a saber, prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial e prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial. Ainda deve o devedor observar duas situações que impõem limitação ao plano, sendo a primeira no caso do plano prever a alienação de bens onerados com gravames, o titular da garantia deve anuir com a supressão ou substituição da mesma e, no caso de dívidas entabuladas em moeda estrangeira, sua conversão para a moeda nacional depende de expressa autorização do titular do crédito.

Apresentado o plano, os credores terão prazo de 30 (trinta) dias para manifestar as suas objeções em relação ao mesmo. Passado este prazo, sem qualquer manifestação, presume-se aprovado o plano. Havendo manifestação tempestiva dos credores contra o plano apresentado, convocará o juiz assembleia geral de credores. Na assembleia os credores serão divididos em quatro classes, conforme regra do artigo 41, quais sejam, titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho, titulares de créditos com garantia real, titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados e titulares de créditos enquadrados como microempresa ou

²⁰ LAZZARINI, Alexandre Alves. Reflexões Sobre a Recuperação Judicial de Empresas. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 124.

²¹ Constituem modalidades de recuperação sugeridas pela Lei a alteração de controle societário, o aumento de capital social, trespasse ou arrendamento do estabelecimento, cisão, incorporação, fusão ou transformação da sociedade, usufruto da empresa, administração compartilhada, entre outros.

²² Art. 104, Código Civil Brasileiro. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

empresa de pequeno porte²³. Para que o plano seja aprovado há a necessidade de aprovação de todas as classes. As classes, contudo, entre elas, votam de formas distintas: (1) quanto aos credores trabalhistas, a aprovação de se dá pela maioria dos presentes (chamado coloquialmente de “voto por cabeça”); (2) quanto aos credores com garantia real, a aprovação se dá pelo critério da dupla maioria, ou seja, maioria dos credores e dos créditos presentes; (3) quanto aos credores de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral e subordinados, se aplica a mesma regra da dupla maioria; e (4) quanto aos credores enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte, aplica-se somente a regra da maioria dos presentes.

Luiz Inácio Vigil Neto²⁴ explica que a maioria simples em todas as contagens (ao total são seis: uma na classe 1, duas na classe 2, duas na classe 3 e uma na classe 4) resulta na aprovação do plano. Se o devedor perder em apenas uma contagem, ainda que vencendo nas demais, o plano será rejeitado. A decisão da assembleia de credores é soberana e, em não sendo aprovado o plano, a regra é que a empresa devedora tenha a sua falência decretada (artigo 56, §4º). No entanto, essa regra pode ser atenuada mediante a constatação pelo juiz de relevante função social²⁵ da empresa devedora cumulado com os requisitos previstos no artigo 58. Nessa situação, o juiz poderá contrariar os interesses da assembleia geral e conceder a recuperação judicial. Caso não verifique função social do devedor ou ausente quaisquer dos elementos do artigo 58, a manutenção da decisão da assembleia é medida imperativa.

Após a aprovação do plano, o mesmo será executado na medida em que estabelecido, constituindo título executivo judicial. Fabio Ulhoa Coelho²⁶ atenta que embora, em princípio,

²³ Os credores microempresários ou empresários de pequeno porte tiveram recentemente incluídos na lei alguns tratamentos diferenciados, através de alteração legislativa operada pela Lei Complementar 147 de 2014.

²⁴ VIGIL NETO, Luiz Inácio. Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 170-171.

²⁵ Segundo Vigil, “na ideia de função social adotou-se o princípio de relevância do ente econômico em seu contexto social. Dessa forma, a função social não se mede por atividades sociais ou filantrópicas, mas pela importância da empresa no contexto de sua operação econômica, nacional, estadual, regional ou local, na geração de emprego e riqueza”. (VIGIL NETO, Luiz Inácio. Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 173). Rachel Sztajn, em sentido complementar, ensina que “a função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra de eficiência, meta-jurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá. Esquemas assistencialistas não são eficientes na condução da atividade empresarial, razão pela qual não podem influir diante de crise, na sua recuperação”. (SZTAJN, Rachel. In: SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 – Artigo por Artigo. 02 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 223-224).

²⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. v. 3, 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 443.

o plano de recuperação é imutável, não se pode ignorar a necessidade de alteração do plano no curso de execução, por fatores que passam desde a alteração da situação econômica do devedor, até uma mudança no mercado alheia a sua vontade. Neste caso, afirma o autor, admite-se a alteração do plano, mediante anuência da assembleia geral de credores, mantendo-se as mesmas regras de votação do plano original. Caso o devedor descumpra o plano dentro do período de dois anos contados da concessão do regime recuperatório, poderá ter a sua falência decretada.

Mesmo com essa breve descrição dos procedimentos da recuperação judicial se verifica com clareza que o legislador não perdeu oportunidades de inserir no texto normativo os objetivos precípuos da lei. Portanto, conclui-se, parcialmente, que o texto legislativo em relação a recuperação judicial é adequado ao que se esperava dele. Cabe agora apurar alguns pontos de tensão que permeiam os dispositivos atinentes a recuperação judicial, bem como a possível interferência deles no sucesso da recuperação das empresas.

4. Pontos de Tensão em Relação à Recuperação Judicial.

Sem a pretensão de se listar todas as tensões apontadas pela doutrina em relação à Lei 11.101/2005, especialmente no que tange a recuperação judicial, tampouco de analisar detidamente se esses apontamentos são todos pertinentes ou não, cumpre evidenciar alguns tópicos que tem sido objeto de discussão no cenário brasileiro. Ressalte-se, de início, que são inúmeros os comentários críticos em relação à Lei 11.101/ 2005, sendo impossível de serem todos listados em um trabalho deste tipo²⁷. A escolha dos pontos que abaixo serão tratados se dá pela relação que os mesmos possam ter com a (in) eficácia da recuperação judicial.

Antes, contudo, de se apontar os supostos problemas da legislação, importa referir as palavras de Newton de Lucca, professor de Direito Comercial da USP²⁸:

²⁷ Somente para ciência do leitor, outros pontos que suscitam debates em relação a recuperação judicial são a cessão fiduciária de créditos e a liberação de travas bancárias, possibilidade de inclusão no plano dos créditos excluídos por força do artigo 49, §§3º e 4º, remuneração do administrador judicial e a reserva de 40%, cessão de crédito e direito de voto, novação recuperacional, representação dos credores trabalhistas na assembleia geral de credores, prorrogação dos prazos previstos na lei, nulidade ou anulabilidade das deliberações dos credores ou da Assembleia Geral de Credores, abuso do direito de voto, juízo universal da recuperação e conflito de competência, bloqueio online, entre outros. (TADDEI, Marcelo Gazzzi. Os primeiros cinco anos da recuperação judicial no país: dificuldades e controvérsias. Revista Jurídica Empresarial. Porto Alegre: IOB, v. 3, n. 15, jul/ago 2010, p. 51-89).

²⁸ DE LUCCA, Newton. Uma Reflexão Inicial. In: OLIVEIRA, Fatima Bayma de. Recuperação de Empresas – Uma Multipla Visão da Nova Lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 04.

“Quero dizer, com tais considerações introdutórias, que o primeiro grande mérito do novo diploma legal que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária há de ser, com toda certeza – não obstante algumas de suas notáveis contradições -, a sua própria existência.”

Compactua-se com o entendimento exposto, pois em que pese haver algumas questões pontuais que poderiam ter sido melhor tratadas na lei, a mesma está muito distante de defeitos graves que inviabilizem a sua aplicação ou o cumprimento de seus objetivos.

Um primeiro ponto de tensionamento que se destaca é suspensão de todas as ações e execuções que correm contra a empresa em recuperação, pelo prazo de 180 dias, e qual a abrangência deste benefício. Dispõe o artigo 06º que *“a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário”*. A problemática que envolve este artigo guarda relação com a sua limitação de previsão legislativa, mas também com a interpretação restritiva que a jurisprudência tem dado ao mesmo.

Isso porque, quando é aprovado o plano de recuperação judicial pelos credores tem-se a novação das dívidas, ou seja, aquelas dívidas que forem objeto da negociação se transformam em novas obrigações, podendo ter valores, prazos e condições de pagamento alterados. Ocorre que, o sócio (ou outro garantidor qualquer) que era avalista da empresa em recuperação, por exemplo, não tem para si o benefício de suspensão das ações e execuções que eventualmente corram por conta deste aval.

Assim, verifica-se que a dívida pode ser objeto de negociação no plano, mas o sócio (ou outro) que é garantidor da mesma pode estar sofrendo demanda judicial em virtude da mesma obrigação. O legislador não quis que esse benefício da suspensão se estendesse aos garantidores da empresa em recuperação (como o fez explicitamente através do art. 49, §01º), mas a jurisprudência poderia ter alargado o entendimento do artigo 06º, para estender esta suspensão também aos sócios (ou outros garantidores) que não são solidários por conta de questões societárias, mas sim, porque são devedores solidários por terem assumido como garantidores em prol da empresa em recuperação. No entanto, não é este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NOVAÇÃO. CONDIÇÃO RESOLUTIVA. SUSPENSÃO. NÃO CABIMENTO.

1. A novação operada pelo plano de recuperação fica sujeita a condição resolutiva, nos termos do art. 61 da Lei n.º 11.101/05.

2. Não se suspendem as execuções individuais direcionadas aos avalistas de título cujo devedor principal é sociedade em recuperação judicial.

3. Precedentes específicos desta Corte.

4. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

AgRg no REsp 1334284 / MT, Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, publicado em 15/09/2014.

O problema decorrente deste posicionamento é que o garantidor pode pagar por dívida que mediante a novação da recuperação poderia ser redimensionada. E, ao fim, por conta do direito de regresso que costuma existir em favor dos garantidores pode a empresa em recuperação ter que arcar com obrigação superior àquela que poderia ter sido pactuada no plano.

Outro ponto a se destacar é a votação do plano de recuperação judicial. Sheila Cerezetti embora reconheça que a lei brasileira em momento algum privilegie a “recuperação a qualquer custo, pautando-se pela preferência reorganizativa quando se tratar de empresa viável”, chama a atenção para problemática criada pela lei quando reuniu nas classes de votação do plano de recuperação judicial credores com interesses diversos e que, ainda, podem receber tratamento desigual (por previsão do plano de recuperação) no que tange a satisfação de seus créditos. Neste sentido alerta a doutrinadora que

“é bem verdade que muitos dos casos de concessão de tratamento diferenciado entre credores de mesma classe envolvem ausência de isonomia entre credores que, muito embora reunidos em mesmo grupo por determinação legal, representam comunidade de credores distinta. Isso pode ser verificado, por exemplo, em planos que preveem formas de pagamento para credores financeiros distintas daquelas oferecidas a credores fornecedores quando todos eles detêm créditos quirografários”²⁹.

²⁹ CEREZETTI, Sheila Christina Neder. As Classes de Credores como Técnica de Organização de Interesses. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco. Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 371-375.

Essa tensão pode gerar uma discussão dentro da própria classe e fazer com que determinada espécie de credores rejeite o plano dentro da classe – mesmo que seus colegas de classe queiram a aprovação do mesmo -, o que, dependendo do número de credores e de quanto representam em créditos, pode levar a rejeição do plano na classe como um todo e impedir a continuidade da recuperação judicial (sem considerarmos nesta hipótese as possibilidades de recuperação por função social).

Outra questão que merece ser pontuada é trazida por Eduardo Secchi Munhoz³⁰ que tece críticas em relação a previsão do artigo 58, que autoriza o juiz, com o preenchimento de alguns requisitos, a aprovar o plano de recuperação, em contrariedade ao decidido pela assembleia geral. Explica o doutrinador que esta prática se assemelha ao *cram down* previsto na legislação norte-americana, sem contudo, que a legislação brasileira tenha observado os mesmos critérios para esta prática, que são *unfair discrimination* e *fair and equitable*. O primeiro critério diz respeito à proibição de oferecer tratamento diferenciado a credores que compõem a mesma classe (relação horizontal – situação semelhante à suscitada por Sheila Cerezetti) e o segundo à necessidade de respeito da hierarquia dos créditos (relação vertical), de modo que, exemplificativamente, não pode o plano prever o pagamento de classes menos privilegiadas sem a total quitação dos créditos das classes mais privilegiadas.

Veja-se que neste caso o credor trabalhista, por exemplo, poderia se sentir desincentivado com uma novação de seus créditos – respeitados os limites legais para este tipo de obrigação – ao saber que esta novação vai a benefício dos credores quirografários, que em uma decretação de falência seriam os sétimos na ordem de pagamento dos créditos, enquanto este credor trabalhista é o primeiro a ser pago (previsão do artigo 83).

Outro fator preocupante na análise da legislação é postura diligente e responsável que devedor e credores devem ter na elaboração e aprovação do plano de recuperação judicial. O devedor ao expor a sua situação de crise e apresentar proposta para a resolução da mesma deve ser honesto no sentido de revelar efetivamente quais são seus problemas, mesmo que isso signifique, por exemplo, uma alteração substancial dos administradores da empresa. Segundo relata Alexandre Alves Lazzarini³¹, são muitos os casos de empresas que no

³⁰ MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 – Artigo por Artigo. 02 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 290-291.

³¹ LAZZARINI, Alexandre Alves. A Recuperação Judicial de Empresas: Alguns Problemas na sua Execução. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, n. 36, abr/jun 2007, p. 93-106.

momento da falência declaram problemas de má gestão; no entanto, ainda quando da recuperação, buscaram meios tão somente de pagar as dívidas, sem se preocupar efetivamente com a reestruturação da empresa.

O devedor não é o único responsável por esta situação. Como já visto, a tarefa de aprovar o plano de recuperação judicial é dos credores e os mesmos devem guardar a mesma diligência na apreciação do plano, verificando se os meios propostos para recuperação, pelo devedor, serão eficazes. Lazzarini salienta que há uma mentalidade individualista que assombra o processo de recuperação, onde devedor, credores, advogados e demais partícipes tentam cada um resolver os “seus problemas”, esquecendo-se que a recuperação judicial instaura um juízo coletivo, onde os interesses de todos devem confluir e os problemas, por consequência, passam a ser os “nossos problemas”.

As situações listadas são enfrentadas já com a recuperação em curso e tem como consequência mais nefasta a empresa em recuperação a não aprovação do plano, com a convalidação da recuperação judicial em falência (artigo 73). No entanto, ao nosso sentir, o problema maior das empresas em crise, não são as eventuais impropriedades da legislação falimentar, mas sim, os acontecimentos pregressos ao pedido de recuperação.

5. Pode-se falar em (in) eficácia da Recuperação Judicial?

A matéria jornalística motivadora desta pesquisa, publicada pela Revista Exame, no dia 19/12/2013, anuncia em seu título que somente 01% das empresas que ingressaram com recuperação judicial no Brasil desde a entrada em vigor da lei, conseguiram sair do processo devidamente recuperadas.

Relata a matéria que pouco mais de 10% das empresas faliram durante o processo de recuperação e as demais ainda continuam em “estado de recuperação”. São feitas críticas em relação aos prazos de duração da recuperação, ao aparato necessário para operá-la, especialmente no que tange a figura – e remuneração - do administrador judicial, profissional nomeado pelo juiz que deverá conduzir o processo de recuperação. A reportagem não traz dados mais concretos sobre as empresas que ainda continuam em recuperação, tampouco sobre os motivos pelos quais foi decretada a falência daquele percentual de 10% da amostra. Tentou-se acesso a pesquisa para análise mais acurada de sua metodologia, sem que se tivesse êxito. Deve-se ressaltar a dificuldade de obtenção de tais dados, tendo em vista que as

empresas que ainda continuam em recuperação não informam o verdadeiro andamento das mesmas, o que dificulta análises deste tipo.

No entanto, a valia dessa reportagem está em lançar um olhar crítico para questões que ultrapassam eventuais problemas legislativos e que podem ser os verdadeiros problemas de insucesso da recuperação judicial.

O primeiro deles é, que no nosso sentir, é o mais grave é o pedido tardio de recuperação³². A história normalmente é a mesma: o empresário percebe a sua instabilidade financeira aproximadamente um ano antes do ponto limítrofe. O inadimplemento de obrigações torna-se uma constante: primeiro os impostos, depois fornecedores “menos necessários”, após os fornecedores “mais indispensáveis” e verbas trabalhistas “menos aparentes”. Paralelamente a isso, inicia-se um processo de endividamento junto às instituições financeiras e quando estas não mais concedem crédito pela inadimplência, recorre-se a faturizadoras e agiotas. Não é raro que neste estágio a empresa esteja fazendo emissão de títulos de créditos sem lastro de qualquer relação obrigacional (comumente chamados de “títulos frios”), para possibilitar as operações de crédito junto às instituições financeiras e às faturizadoras.

Até que, chega o fatídico dia: normalmente é em um 04º dia útil do mês³³. No dia seguinte, deve-se pagar os salários dos funcionários e não há caixa para isso. O empresário, então, procura seu advogado, para ingressar imediatamente com uma recuperação judicial. Infelizmente, tarde demais.

Retoma-se os objetivos da legislação para justificar a inadequação da recuperação para casos como esse: manter no mercado as empresas recuperáveis e retirar do mercado aquelas que não possuem possibilidade de recuperação.

É dever do empresário cumpridor de suas obrigações e merecedor de permanecer no mercado não ficar inerte diante das crises financeiras que acometem a sua empresa, devendo tomar medidas imediatas para a sua recuperação, se este for o interesse. Ou então, tratar de promover a liquidação de seu ativo, para pagamento do passivo e o encerramento das atividades. A prorrogação do pedido de recuperação ou da tomada de qualquer outra medida no sentido de reestruturar a empresa, inclusive, pode configurar uma infração ao dever de

³² Neste sentido LAZZARINI, Alexandre Alves. A Recuperação Judicial de Empresas: Alguns Problemas na sua Execução. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, n. 36, abr/jun 2007, p. 103.

³³ No Brasil, em regra, os salários devem ser pagos até o 05º dia útil do mês subsequente a prestação de serviços.

diligência³⁴ inerente a todos os administradores de empresas, bem como desídia dos sócios, se estes não foram os administradores. E a pena para esta inércia, infelizmente, vai ser paga pela empresa, figura que deve ser dissociada da pessoa de seus sócios e/ou administradores.

Vários podem ser os motivos da tomada tardia da decisão de recuperação. Pode-se pensar em questões mais subjetivas como a dificuldade de assumir o estado de crise e, por consequência, o fracasso na condução dos negócios ou ainda, por razões mais objetivas, como o fato da resistência das instituições financeiras em conceder crédito para empresas em recuperação, bem como a restrição de várias empresas em contratar com outras que estão se submetendo ao regime recuperatório.

No entanto, independente do motivo, protelar a recuperação não vai solucionar o problema. Muito pelo contrário, os benefícios alcançados pelo legislador podem ser o “respiro” que a empresa precisa para se reerguer e solidificar a sua posição mercadológica.

Atenta-se, contudo, a um segundo problema que está se verificando com o manejo do instituto, que vem sendo tratado pela doutrina como “indústria da recuperação”³⁵. Essa “indústria” pode ser vista por dois aspectos: (1) a empresa não tem mais condições de se recuperar, sendo a falência a sua melhor alternativa, mas mesmo assim, ingressa com pedido de recuperação e conduz aprovação de plano inexecutável, com intuito de protelar a falência (em algumas situações, inclusive, para benefícios escusos de sócios e administradores); (2) a empresa não tem problemas financeiros condizentes com uma recuperação judicial, mas ingressa com o pedido para beneficiar-se da lei, seja com a suspensão das ações e execuções pelo prazo de 180 dias, seja para forçar uma renegociação com seus credores, com intuito de auferir vantagens.

Obviamente que se constata que nessas situações se está diante de utilização indevida do instituto, configurando-se um exercício abusivo em relação ao direito conferido pelo legislador. No entanto, essas posturas têm repercussões sérias no mercado, pois acabam por desacreditar o instituto e levar os credores a posições mais conservadoras, seja na contratação

³⁴ A legislação brasileira possui previsão expressa sobre o dever de diligência dos administradores na Lei 6.404/1976, que trata das Sociedades Anônimas: “Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.”

³⁵ Neste sentido, palestra proferida pelos Professores Fabio Ulhoa Coelho, Luiz Fernando Paiva e Márcio Guimarães no IV Congresso Brasileiro de Direito Comercial, realizado nos dias 10 e 11 de abril de 2014, em São Paulo.

com empresas em recuperação (como se falou anteriormente há restrições por parte das empresas neste tipo de negociação), seja na própria aprovação do plano de recuperação.

Assim, a questão da eficiência ou não da recuperação judicial, pelos aspectos aqui abordados parece estar dissociada das previsões legislativas que, como se verificou, possui pontos controvertidos, mas nada que possa ter tão lesivo quanto o manejo, por vezes indevido, pelos empresários do instituto da recuperação.

6. Considerações Finais

Buscou-se neste ensaio verificar a (in) eficácia do instituto da recuperação judicial, previsão legislativa relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro. Fez-se, introdutoriamente, dois questionamentos, a saber: se existe (in) eficácia do instituto e, em existindo, se esta pode ser imputada à legislação ou a outros fatores alheios a esta. Para aproximação do tema, discorreu-se brevemente sobre o histórico do direito falimentar no Brasil, relatando-se o intuito do legislador com a promulgação da Lei 11.101/2005 de se adequar as novas tendências mundiais em matéria de regulação da empresa em crises. Após se expor os objetivos da lei e explanar o procedimento da recuperação judicial, destacou-se alguns pontos de tensão existentes em relação a nova legislação. Especificamente sobre o objeto desta pesquisa, chega-se às seguintes conclusões:

- a) A reportagem motivadora deste ensaio não se mostra como meio científico hábil para formar o convencimento de que a lei é ineficaz pelo baixo percentual de empresas que “saíram” da recuperação judicial “recuperadas”, tendo em vista que não há a informação quanto àquelas empresas que ainda estão em processo de recuperação;
- b) Independentemente da reportagem e utilizando-se da análise da doutrina e da experiência na advocacia empresarial, entende-se que a legislação não apresenta falhas graves que possam inviabilizar a recuperação das empresas, tampouco o cumprimento dos objetivos propostos pela própria lei. Existem, sim, questões pontuais que podem ser amadurecidas pela própria atuação jurisdicional, ou pela revisão pontual de alguns dispositivos da lei, o que tende a ocorrer com o manejo da legislação;
- c) Verifica-se, no entanto, que os obstáculos da recuperação estão à margem da lei e podem ser impostos pela má utilização do instituto, com a formação da chamada “indústria da recuperação judicial” ou pela inércia das empresas devedores em iniciar o processo de recuperação, ensejando assim, as chamadas recuperações tardias.

É difícil se fazer conclusões definitivas sobre a legislação, pois a mesma é nova, bem como pelo fato de não se saber o estado das empresas que ainda estão em processo de recuperação. Resta aos operadores do direito acompanhar as movimentações das recuperações finalizadas e das necessidades das empresas no cenário econômico, este sim, grande determinante de comportamentos empresariais, seja por parte dos empresários, seja por parte dos poderes legislativo e judiciário.

7. Referências Bibliográficas.

- CEREZETTI, Sheila Christina Neder. As Classes de Credores como Técnica de Organização de Interesses. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco. Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012
- COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. v. 3, 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2013
- DE LUCCA, Newton. Uma Reflexão Inicial. In: OLIVEIRA, Fatima Bayma de. Recuperação de Empresas – Uma Multipla Visão da Nova Lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006
- HOLANDA, Francisco Urubam Xavier de. Do Liberalismo ao Neoliberalismo. 02 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001
- <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2012/02/o-mapa-das-micro-e-pequenas-empresas>.
- <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,so-1-das-empresas-sai-da-recuperacao-judicial-no-brasil-imp-,1085558>
- <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1056/noticias/a-intencao-era-boa>;
- <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>
- <http://www.planalto.gov.br>
- LAZZARINI, Alexandre Alves. A Recuperação Judicial de Empresas: Alguns Problemas na sua Execução. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, n. 36, abr/jun 2007
- LAZZARINI, Alexandre Alves. Reflexões Sobre a Recuperação Judicial de Empresas. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Direito Recuperacional – Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009
- LEMOES, Eduardo. Viabilizando a Recuperação Sem ou Além da Lei. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco. Direito das Empresas em Crise: Problemas e Soluções. São Paulo: Quartier Latin, 2012

- LOBO, Jorge. Recuperação Judicial da Empresa. In: OLIVEIRA, Fatima Bayma de. Recuperação de Empresas – Uma Multipla Visão da Nova Lei. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. In: SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 – Artigo por Artigo. 02 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. In: SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 – Artigo por Artigo. 02 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro. Recuperação Extrajudicial de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2013
- SZTAJN, Rachel. In: SATIRO, Francisco; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência – Lei 11.101/2005 – Artigo por Artigo. 02 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- TADDEI, Marcelo Gazzì. Os primeiros cinco anos da recuperação judicial no país: dificuldades e controvérsias. Revista Jurídica Empresarial. Porto Alegre: IOB, v. 3, n. 15, jul/ago 2010
- VIGIL NETO, Luiz Inácio. Teoria Falimentar e Regimes Recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/05. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008

Índice

A declaração de insolvência por atraso nas contas das sociedades comerciais Paulo Vasconcelos, ISCAP/IPP	8
O processo de insolvência enquanto realidade fiscal Paula Martins Cunha, Advogada	29
A responsabilidade tributária do administrador judicial António Peixoto Araújo, Solicitador Maria João Pimentel Felgueiras Machado, ESTGF/IPP	55
Os créditos laborais no processo especial de revitalização Ana Ribeiro Costa, UCP-Escola de Direito do Porto, Advogada	66
Recuperação de empresas: efeitos sobre os negócios e ações em curso Ana Cláudia Redecker, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil	91
Pedido de declaração de insolvência por outro legitimado: exercício do direito de ação ou abuso de direito de ação? Lurdes Dias Alves, Universidade Autónoma de Lisboa	116
A pessoa insolvencial no processo de insolvência – um contributo para o enquadramento dogmático do plano de insolvência Pedro Barrambana Santos, Advogado estagiário	141
A não homologação do plano de pagamentos na insolvência singular: um caso Duarte Cadete, Advogado	189
A recuperação judicial na lei 11.101/2005: pode-se falar em (in)eficácia do instituto? Lais Lucas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil, consultora empresarial	203